مقسالات وابحساث الاستاذ الدكتور عبد الرزاق السنموري

إالقانون والاقتصاد

جامعة القاهرة كلية الحقوق

مجموعة مقالات وابحاث الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري

جمع ونقديم الدكتورة نادية عبد الرزاق السنهورى والدكتور توفيق محمد الشاوى بتكليف من كلية العقوق بجامعة القاعرة بمناسبة الاحتفالات بمرور مائة سنة على مولده

> الجزء الأول ١٩٩٢

مطبعة جامعة القاهرة ١٩٩٢

تقدير ووفياء

في عام ١٩٨٨ - نشرت الهيئة العامة للكتاب في مصر ترجمة عربية لرسالة والخلافة والتي اعدها والدي في جامعة ليون عام ١٩٢٦ والتي ساهمت في اعدادها مع زوجي الأستاذ الدكتور توفيق الشاوي ولذلك اتصل بي كثيرون من زملاء والدي وتلاميذه ليوكدوا استعدادهم للمشاركة في اي مبادرة لأحياء ذكراه واقترح بعضهم انشاء جنة أو هيئة لهذا الغرض.

وكانت كلية الحقوق بجامعة القاهرة سباقة الى تحقيق هذا الغرض بار دعت الى ندوة فى مارس ١٩٨٩ لاحياء ذكرى السنهورى بعناسبة مرور خمسين عاما على صدور القانون العدنى الذى تولى اعداده واعتبره اكبر انجازاته فى ميدان التشريع والتقنين، واسفرت هذه الندوة عن قرار باصدار مجموعة مقالات وابحاث قانونية تكريما لهذه الذكرى ـ وبغضل مجهود عميد الكلية الاستاذ الدكتور نعمان جمعة والاستاذ الدكتور نعمان جمعة والاستاذ الدكتور نعمان جمعة منشرها فى شهر نوفعدر عام ١٩٩٠.

وقد رات اللجنة اعداد برنامج لاحياء الذكرى العثوية لعولد السنهورى التي تحل في عام ١٩٩٥ وان تكون اول خطوة في هذه الاحتفالات جمع العقالات والابحاث المتنوعة التي نشرها السنهوري في مجلات او مطبوعات متفرقة ـ حتى تكون الى جانب كتبه وأوراقه الشخصية صورة كاملة لاعماله العلمية وأرائه وأفكاره . وشرفتني بجميع هذه العقالات .

واعترافا بالفضل أود أن أسجل أن الذي مكنني من أتمام هذا العمل هو ماقدمه لى كثير من تلاميذ والدي وزملائه من معونة وأخص بالذكر الاستاذ الكبير ضياء الدين شيت خطاب الذي سارع بامدادي بكل ما لديه من نسخ أبحاث السنهوري التي نشرت في بغداد ـ بل وكثير مما نشر في مصر في مجلات توقفت عن الصدور منذ مدة طويلة .

في هؤلامجميعا اتقدم بجزيل الشكر ، وأرجو أن أكون قد قمت ببعض واجبى أزائهم وازاء العلم والفكر الذي يجمعنا ويجعل نكرى السنهوري إلينة وثيقة يجمتم عليها الباحثون في مجال القانون والفكر والثقافة الجيالا طويلة أن شاء أقد .

دكتورة / نادية عبد الرزاق السنهورى جامعة عين شمس

كلمة نعمان جمعة عميد حقوق القاهرة

إنه لمصدر فخر وسعادة بالغة أن يكون لى شرف المشاركة فى إخراج هذا العمل الكبير إلى دائرة النور . فهذه هى كل أوجل مقالات وأبحاث العلامة الجليل عبد الرزاق السنهورى ، التى كتبها منذ فجر شبابه فى نهاية العشرينات حتى صعدت روحه الغالية إلى بارئها .

والفضل الأول في جمع هذه الأبحاث يرجع إلى السيدة الفاضلة نادية عبد الرزاق السنهوري كريمة عميد فقهاء القانون في العالم العربي، ويرجع كذلك إلى قرينها واستاذى المبجل الدكتور توفيق الشاوى استاذ القانون الجنائي السابق بحقوق القاهرة، وكذلك استاذى العظيم الدكتور عبد المنعم فرج الصدة الذي اشرف على تجميع المقالات وطبعها، واذكر كذلك جهد زميلي الفاضلين الدكتور سعيد جبر والدكتور جابر المحجوب، فقد تابعا تجميع المقالات وراجعا، البروفات، قبل طبعها.

والحقيقة أن هذه الأبحاث والمقالات تمثل جهداً رائعا وثروة فقهية وفلسفية ثمينة ونادرة. فقد أحاط الفقيد العظيم بالعديد من الأنظمة وبالكثير من فروع القانون. فتكاملت الصورة في ذهنه، فأبدع حين كتب وأتقن حين شرح وتجلى حين تفلسف وأمثل.

لقد عاش الفقه المصرى الحديث فى رحاب وفى كنف وبين احضان السنهورى واعماله. فلا يستغنى عنها فقيه ولا باحث ولا طالب علم ولامشرع ولاقاضى.

رحم الله الفقيد وجزاه خيراً بما قدم لأمته العربية من فضل وعلم وعطاء.

تعميان جمعية

فهرست

مقالات وابحاث الأستاذ البكتور السنهوري

١ الدين والنولة في الاسلام.

مقال بالعدد الأول من مجلة المحاماة الشرعية. السنة الأولى.. ١٩٢٩م.

> لمضرة الأستاذ المحقق الدكتور عبد الرازق بك السنهوري. مدرس القانون المدنى بكلية الحقوق بالجامعة المصرية.

٢ ، تعاور لائحة المحاكم الشرعية ،

مقال بمجلة المحاماة الشرعية العدد الثاني ١٩٢٩ م . ص ٧٤ _ ٧٠ .

٣ - تقرير عن المؤتمر الدولي للقانون المقارن بلاهاي.

في اجتماعه الأول سنة ١٩٣٢ م. ترجمة وتلفيص له نشرتها مجلة القضاء العراقية للأستاذ عبده حسن الزيات.

الامبراطورية العربية التي نبشر بها.

بيان للبكتور السنهوري.

نشر في مجلة الرابطة العربية التي كانت تصدر في القاهرة. العدد ١٢ - السنة الأولى - ١٥ اغسطس ١٩٣٦ م.

د نبى المسلمین والعرب د.

مقال في مجلة النكري (التي كانت تصدرها جمعية الهداية العراقية). نشر في عددها الصادر في عام ١٩٣٦.

بمناسبة الموك النبوى الشريف.

 ووجوب تنقیح القانون العدنی العصری ، وعلی ای اساس یکون هذا التنقیح .

مناسبة العيد. الخمسيني للمماكم الأعلية.

لمضرة الدكتور عبد الرزاق أعمد السنهوري.

استاذ القانون المدنى بكلية المقوق .

بحث نشر بعجلة القانون والاقتصاداء السنة السادسة.. العدد الأول... من صفحة ٣ إلى صفحة ١٤٢ .

٧ - مشروع تنقيح القانون المدنى المصرى

لمضرة صاهب العزة الدكتور عبد الرزاق السنهوري بك مماضرة القيت بالجمعية الجعرافية الملكية في ٢٤ أبريل ١٩٤٧م، نشرت بمجلة القانون والاقتصاد، السنة الثانية عشرة، من ص ٥٥٠ الى ٥٠٠

واجبنا القانوس بعد المعاهدة

معاصرة القيد في تاريخ ٣١ ديسمبر ١٩٣٦ م للدكتور عبد الر اد السنهو أي لك، معيد كليه الجهدور

٩ مقدمة كتاب الامتبارات الاحتبية

بحث تحليلي في العقد حان البريطانية بشأن الأمند، أن الأحنيية بشرئة لجمة الباليف، والبرجمة والبشر في عام ١٩٣٦م

١٠ تقديم سجلة الغضاء العراقية في عهدها الجديد

نظم الدكتور عبد الدراق المدد السنهوري، مدير المحاه، و مديد كلية المفوق بتعداد وقرار من تحدة القانون المدني بأن بعهد باعداد مشروع القانوني المدني بأن بعهد باعداد الدوع القانوني المدني المدني الحقال الدكتور عبد الزراق السنهوري عمد كلية الدقوق بنعداد في ١٥٥ حريال ١٩٣٣، إلى فحامة البند الده لحصير لقانون الددام الامام.

١١ من مجلة الاحكاء العدلية إلى القانون المدسى العراقي

حركة التقبير المدس مي العصور الحديثة

للأسفاد عبد الرزاق احمد السنهوري عميد كاليه الحقاق ببعداد. بشر هي بعداد سنة ١٩٣٦م

١٢ - التعاون الثقافي والنشريعي مابين الدول العربية

بعن محاصرة القاها صاحب المعالى الدكتور عبد الرزاق احمد السيفوري باشا وزير الدولة ورئيس اللجنة الثقافية بجامعة الدول العربية بدعوة من الحمعية المصرية للقانون الدولى وقد القيت في المؤتمر الثاني للجمعية بذاريع ٢٤ مايو ١٩٤٢م

- ۱۳ تقديم العدد الاول من مجله مجلس الدولة المصرى عى اول يباير ۱۹۵۰م ص ۱ ـ ص ۳۷ من هذا العدد مع تحدة ومقدمة للمرحوم عبد العزيز فهمى باشا
- ١١ مخالفة التشريع لليستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية

بحث بمجلة مجلس الدولة - السنة الثالثة - يناير ١٩٥٧ م بقلم الدكتور السنهوري رئيس مجلس الدولة

 ا تصدير الترجمة العربية لكتاب تايخ الغطريات السياسية ترجمة الأسناذ حس جلال العروسي وقدم له عثمان حليل عثمان -۱۹۵۲

١٦ القانون المدنى العربي

للعلامة الجليل الدكتور عبد الرزاق السنهوري بحث نشر بمجموعة بحوث الادارة الثقافية بحامعة الدول العربية سنة ١٩٥٧ من صن ٧- ٣٣ و اعدد نشرها بمجلة القضاء العراقبة بهداد سنة ١٩٩٧

الدين والدولة في الاسلام(*)

لحضرة الأستاذ المحقق الدكتور عبد الرزاق بك السنهورى

مدرس القانون المدنى بكلية الحقوق بالجامعة المصرية

الاسلام دين ودولة. السلطات العامة في الدولة الاسلامية. ملخص تاريخ هذه السلطات بمصر

أولا: الإسلام دين ودولة .

١ يمتاز الاسلام بانه: دين ودولة. وقد ارسل النبي الله لا تأسيس دين فحسب بل لبناء قواعد دولة تتناول شؤون الدنيا، فهو بهذا الاعتبار مؤسس الحكومة الاسلامية كما أنه نبي المسلمين. وهو بصفة كونه مؤسس حكومة، كانت له الولاية على كل من كان خاضماً لهذه الحكومة، موساء كان مسلماً أو غير مسلم وبوصف كونه نبياً لم يكن يطلب من غير السلمين من الذين تركهم على دينهم الاعتراف بنبوته، ولو أن دعوته عاملة شاملة خصيم البشر.

من هنا وجب التمييز بين الدين الاسلامي والدولة الاسلامية ، وان كان الاسلام يجمع الشيئين . وفائدة هذا التمييز في ان مسائل الدين تدرس بروح غير التي تدرس بها مسائل الدولة ، فالدين ينظر إلى العلاقة بين المبد وخالقه ، وهذه لا تتغير ولا يجب ان تتغير ، فالخالق سبمانه وتعالى ابدي ازلي لا يجوز عليه التغيير ولا التبديل ، فالعلاقة بينه وبين العبد المتدلد وتتعلور التبديل ، فالعلاقة بينه وبين العبد

 ⁽a) مقال مالعبد الأول من مجلة المعاماة الشرعية - السنة الأولى ١٩٣٩

اما مسائل الدولة فالنظر فيها يكون نظر مصلحة وتدبير ، ولها على ما اراى حاصيتان

(الأولى) انها خاصمه لحكم عقولنا ، وقد وهبنا انه تلك العقول لنميز بين الحسن والقبيح عالأحكام الدنيوية تنزل على حكم العقل ، وتبنى على المصلحة والعقل هو الذي يهدينا إلى المصلحة ، ونحن نبنى عليه ما نسميه علما ، لأن العلم احتماعياً كان أو طبيعياً لا يدرك إلا بالعقل ، فهو الأساس

ولقد كان النبي كل يستشير في تدبير الشئون الدنيوية، ذلك لأن تدبير هذه الشئون مبنى على العقل كما تقدم، والنبي كل كن بشراً مثلاً، ماحتاج إلى المشورة، فيما يكون أساسه العقل، ولذلك نزلت الآية الكريمة، وشاورهم في الأمره.

والسيرة النبويةالشريعة تضمنت كثيراً من الأخبار التي تثبت أن النبي
كان يستشير كبار الصحابة كأبي بكر، وعمر، وغيرهما. استشار
خي بعد غزوة بدر فيما يفعل بالأسرى من قريش واستمان براى زعيمي
الأنصار في غزوة الخندق، لما اراد أن يفرق بين قريش والأعراب، فعدل
عن رابه بعد الاستشارة واخد براى الزعيمين ويوجد غير ذلك امثلة
كثيرة مذكورة مى الطبرى وابن الأثير وغيرهما من كتب التاريخ
الاسلام.

(الثانية) أن الأحكام في مسائل الدولة : تتطور مع الزمان والمكان ، همى تابعة للتطور الاجتماعي الذي يهدينا إليه العلم ، وقد سبق أن هذه الأحكام خاضعة للعلم المبنى على العقل : فهي تابعة بالضرورة لما يكشفه العلم الاجتماعي من قوانين التطور .

الأمكام الدنيوية تتطور، وقد تطورت بالقعل في عهد النبي ﴿ وما ينظرية الناسخ والمنسوخ في القرآن الكريم، والتحريم التدريجي لبمض الأشياء كالضعر، واختلاف المداهب الفقهية، واختلاف الله كل مذهب الا اثرا من أثار هذا التطور الذي اقتضته المصلحة العامة، والظروف واتي انكر على سبيل التمثيل حادثة تشريعية واهدة يرى فيها كيف تطورت الأحكام تبعاً للمقتضيات الاجتماعية والاقتصادية، وقد اخترتها من الحدادث التي وقعت في عهد النبي ﷺ لتكون المنغ في التدليل.

نعرف أن النبى على الما هاجر إلى المدينة كان معه عدد عن المهاجرين، وجدوا انفسهم في مدينة غريبة دون مأوى ودون مرتزق. فشرح النبي على نظراً لهذه الظروف الاقتصادية الاستثنائية - سبة المواخاة بين المهاجرين والأنصار، فكان لكل مهاجر آخ من الأنصار يشترك معه في ماله، وفي بيته وكان لهذه المواخاة من الأثر القانوني مايجعل الأخوين يتوارثان - نظام الأخوة هذا يشبه من بعض الوجوه نظام التبني في معض الشرائع الأجنية واستمر العمل مه مدة من الزمن حتى ايسر لسهاحرون عما عموه في غزوة مدر . عتميرت الظروف التي اغتصت ليسر به الاول - ولدك تطور التشريع معسد و حس النبي على الموحاة عن عمل إلى الطال، ومن خلق نسب قانوني إلى الرجوع إلى السبب عن عمل إلى الطال، ومن خلق نسب قانوني إلى الرجوع إلى السبب الطبعي ودلك تمتيا مع التطور الاقتصادي، وتبعا لما تقضيه الظروف المسات، وتلمدا المصلحة في النظم الذرة تقرر

٧ _ إذا تقرر أن الاسلام دين ودولة، فالقول مع بعض الكتاب (١) بأن رسالة النبي ﷺ قاصرة على أمور الدين فقط، وأن شؤون الدنيا ليست مندرجة في تلك الرسالة؛ وأن محمداً ﷺ كان نبيا لاملكا، القول بهذا تأويل غير صحيح للرسالة المجمدية، وإنكار دون دليل للحقائق التاريخية النابة. ولئن صحح أن النبي ﷺ كان في مكة نبيا فحسب، فلقد كان في المدينة زعيم أمة ومنشيء دولة، ولا ضير أن نقول أنه كان ملكا إذ أربد بهذا اللفظة أنه كان رأس الحكومة الاسلامية، ووليا على المسلمين في أمور دنياهم، كما كان الهادى لهم في شئون دينهم، ولقد كان عليه أسلاة والسلام يجعل لأوامره ونواهيه وهي لاشك من عند الله جزاء يحميب الناس في انفسهم وأموالهم في هذه الدنيا، ولم يقتصر على مجرد الوعيد بالثواب والعقاب في الحياة الأخرى.

٣- تبين إذا أن الدين والدولة في الاسلام شيئان مجتمعان. وان
 التمييز بينهما مع ذلك له أهمية كبرى. وإذا اقتصرنا ـ نحن المشتغلين

⁽١) واضح أثر تصد الشيخ على عند الرارق من كثبة الإسلاء والمنول الحكم وقد اقتص في عده النقطة من كتاب تخلافة ، يراهج الأصبر الفرنسي من ١٤ من ٣٧ وما بعدها والترجيبة الفرنسة من ١٤ من ٣٧ وما بعدها والترجيبة الفرنسة من ٩٠ وما بعدها.

بالقانون، على الفقه، وجبنا أن الفقهاء أدركوا ضرورة هذا التمييز، فوضعوا أبوابا للعبادات، وأبوبا للمعاملات، ويذلك فرقوا بين المسائل البينية ، وبين القانون بمعناه الحديث . لذلك يجب أن نقتصر من الفقه في المعاثنا على أبواب المعاملات فهذه هي الدائرة القانونية ... وإذا أردنا إلا ان نبقى الشريعة على معناها المصطلح عليه من قديم من أنها تشمل المبادات والمماملات، فلنخلق اصطلاحا أخر يدل على ما أردناه ولنسم أبواب الفقه الشاصة بالمعاملات وبالقانون الاسلامي و ولندخل ضمن هذا القانون إلى جنب هذا الجزء من علم الفقه : علم أصول الفقه ، وهو يبين لنا مصادر القانون وكيفية استنباط الأحكام من تلك المصادر، ولندخل أيضًا في القانون الاسلامي جزءاً من علم الكلام هو المتعلق بمباعث الامامة قان هذا أساس القانون العام، ولنقسم القانون الاسلامي بهذا التحديد تقسيما إلى قانون خاص، وقانون عام، فالقانون الخاص يشمل القواعد التى تضبط علاقات الأفراد بعضها بالبعض الأخراء فأبواب المعاملات، والأحوال الشخصية - تبخل في القانون الخاص، والقانون المام نشمل القواعد التي تسري على السلطات العامة، وعلاقة هذه السلطات بالأقراد . وإذا اردنا أن نجدد في كل قسم قروعه سهل علينا دور: كبير مشقة أن نجد في القانون الإسلامي الخاص - قانونا مدنيا ، وقانون مرافعات، وأساسا لقانون تجاري، أو نجد في القانون الاسلامي العام. قانونا يستوريا، وقانونا اداريا، وقانونا جنائيا. ولأمكن أن نكشف أصولا نبنى عليها فانونأ دوليا عاماء وقانونا دوليا خاصا.

و أهمية تقسيم القانون الإسلامي هذا التقسيم الحديث أن ذلك يرتب أبواب هذا القانون ترتيبا أقرب إلى نظام المدنية الحديثة، وأكثر انطباقا على طرق البحث القانونية، بعد أن تخطى علم القانون أدواراً غير قليلتقى سبيل الرقى.

ولايراد بهذا التقسيم أن تندمج الشريعة ألاسلامية في القانون المديث، وأن تفقد استقلالها، وإنما يراد بهذا تسهيل العقارنة بين الشيئين، وفتح باب لترقية طرق البحث في الشريعة الاسلامية بحيث تتمشى مم القانون العديث في تقدمه ٤_ قلنا إن أساس تقسيم القانون المديث من التفريق بين القانون المام فهل نجد في القانون الاسلامي محورا ترتكز عليه مذه التفرقة. لملنا نجد في تقسيم الأصوليين الحقوق إلى: حق للعبد، وحق شد، وحق مشترك ولكن حق الشغاب، وحق مشترك ولكن حق الشغاب. فمقوق العيد، والمقوق المشتركة التي فيها حق العبد غالب تصلح كما أرى - أن تكون موضوعا علاقانون المامي وبعض حقوق الله وكذلك المقوق المشتركة التي فيها حق الشغاب تصلح أن تكون موضوعات المقانون المام ...

ثانيباً : السلطات العامة في الأسلام :

نريد من هذه المقدمة أن نقول أنه مادام لدى المسلمين (قانون أسلامي) فلديهم حكومة أسلامية. والحكومة الاسلامية - ككل حكومة - تشتمل على ثلاث سلطات: السلطة التشريعية، والسلطة التنفيذية، والسلطة القضائية.

١ ـ السلطة التشريعية :

السلطة التشريعية في الدولة الاسلامية لايمكن تحديدها إلا بعد بعث واستقصاء . السلطان عندنا نحن المسلمين : هو الله تعالى . لا حد لسلطانه ولا راد لارادته ، فهو الشارع لأمور الدين والدنيا ، مشيئته نافذة وامره قانون ، فهو إذا السلطة الكبرى . ولكن أوامر الله ونواهيه لاتعرف الابالوحى ، ولما كان الوحى قاصرا على الانبياء كان علينا أن نتبين إرادة الله عز وجل بواسطة نبيه عليه الصلاة والسلام . ولقد بلغنا النبي كلك كتاب الله الكبريم : يتضمن إرادة الله ورسالته إلى عباده . فكان أول مصادر لتشريع ، وكانت سنته عليه الصلاة والسلام مفسرة له ، فهى . المصدر للشائي . ولما كانت الأحكام الدنيوية كما سبق أن قررنا تتطور تبما لتطور أن يكون لدى المسلمين مصدر ثالث للتشريع ، هو الذي يضمن للأحكام الدنيوية جنتها وتمشيها مع روح الزمن كان هذا المصدر هو : إجماع الدنيوية جنتها وتمشيها مع روح الزمن كان هذا المصدر هو : إجماع المأدة قال عليه الصلاة والسلام لا تجتمع امتى على ضلالة .

نقف منا قليلاً وننظر كيف يكون لجماع المسلمين قانونا. الاجماع مو اتفاق المجتهدين في عصر من العصور على حكم شرعي. وليس المجتهدون طبقة من الطبقات كما كان معهودا في طبقة النبلاء ، أو في طبقة الكهنة بل لكل مسلم أن يكون مجتهدا إذا وصل في العلم إلى الاجتهاد فمعنى إن الاجماع قانون إن طائفة من المسلمين بنوبون عن الأمة. الإسلامية ، وتبايتهم أثبة لايطريق التصويت العام كالمعتاد في المجالس النيابية الحديثة بل بطريق العلم، وهذه الطائفة تملك قوة التشريع في حدود الكتاب والسنة . فحكومة المسلمين حكومة علماء . والعلماء في الأمة الاسلامية ـ كما يقول عليه السلام .. هم ورثة الأنبياء أما أن العلماء يملكون قوة التشريع في الدولة الاسلامية، فهذا أصل من أصول الفقه معروف بقي أن مخلله وتعرف مداه أزاد الشارع الحكيم الايترك الأمة دون هاد بعد أن مضي عنها هاديها فلم يجعل لقرد مهما عظمت سلطته أن يجل من الأمة محل المشرع. والسيد المطلق، حكومة ليست من تعاليم. الاسلام فالخليفة وهو على رأس الحكومة الاسلامية لايملك من سلطة التشريع شيئًا ، ولايشترك فيها باعتبار أنه خليفة ، بل بوصف أنه مجتهد _ إذا كان مجتهداً شأنه في ذلك شأن سائر المحتهدين جعل سيجانه وتعالى الأمة الاسلامية صاحبة السلطان في شئومها مادامت تستعمل ذلك السلطان منى حدود الكتاب والسنة ولما كان غير متيسير أن يشترك كل فرد من افراد الأمة في ذلك السلطان، كان لابد من أن يكون للامة ممثلون يتوفرون على ما يجب من كفاءة خاصة وهم المجتهدون يستعملون ذلك السلطان بالسمها لاناعتبار أنهم سادة عليها . بل وكلاه عنها عالأمة هي صاحبة السلطان، وهم حليفة الله في ارضه، وتستعمل سلطانها بواسطة وكلاء عنها هادا أردما أن ببحث عن السلطة التشريعيةفي الدولة الاسلامية وحدناها بعد القاسمجانة وتعالى في الأمة بفسها . لافي قرد من الأقراد . ولا من طبقة من الطبقات

قل يمكن أن بنمي على أصل الأجماع في الاسلام مشروعية المجلس النيابية الحديثة، هذا بحث أخر ترجو أن توفق إلى بحثه في مقال أخر

٧ ـ السلطة التنفيذية

أما السلطة التنفيدية في الاسلام فهي حكومة الحلامة، والحلامة حكومة خاصة تمثاز عن سائر الحكومات بالمزايا الآتية (اولا) إن الخليفةليس حاكما مديا فحسب، بل هو أيضا الرئيس الديني للمسلمين، ولا يتوهم أن للخليفة سلطة روحية شبيهة بما تنسبه النصاري للبابا في روما، فالخليفة لا بملك شيئا من دون ألف، ولايحرم من الجنة، وليس له شفاعة يستغفر بها للمذنبين. هو عبد من عباد ألله لايملك لنفسه ضرا ولا نفعا، ولى أمور المسلمين في حدود معينة، ومعنى أنه الرئيس الديني للمسلمين أن هناك مشاعر عامة يقوم بها المسلمون جماعة، كصلاة الجماعة، والحج، وهذه لاتتم إلا بإمام هو الخليفة جانف تلك نطلق كلمة الامام خاصة على الخليفة، إذا ولى اختصاصاته الدينية، ونطلق عليه لقب أمير المؤمنين إذا ولى اختصاصاته الدينية، ونظلق عليه لقب أمير المؤمنين إذا ولى اختصاصاته المدنية

(ثانيا) ان الخليفة في استعمال سلطته التنفيذية يجب عليه ان يطبق احكام الشريعة الغراء، وليس معنى هذا انه ملزم بالسير على مذهب خاص من المذاهب المعروفة، فله بل عليه وهو مجتهد، ان يراعي ظروف الزمان والمكان، وان يطلب من المجتهدين ان تجتمع كلمتهم على ما فيه المصلحة لهذه الأمة، ولو خالف ذلك كل المذاهب العدونة في الكتب، ومعلوم ان إجماع المجتهدين مصدر من مصادر التشريم.

(ثالثاً) أن سلطان الطيفة يجب أن ينبسط على جميع العالم الاسلامي، فوحدة الاسلام حجر أساسي في الدولة الاسلامية، ووحدة الاسلام حجر أساسي في الدولة الاسلامية، ووحدة الاسلام تستنبع وحدة الخليفة يجب أن يكون على رأس الاسلام خليفة واحد، وهذه هي الخلافة الكاملة ولكن الظروف قد تلجيء الملسمين. وقد تمرقت وحدتهم أن ينقسموا أمماً ، لكل أمة حكومتها، فيجوز تعدد الخليفة للضرورة، ولكن الخلافة عنا تكون خلافة غير كاملة على أن الخلافة الكاملة يمكن تحققها إذا اجتمعت كلمة المسلمين. لا على أن تكون لهم حكومة مركزية واحدة، فذلك قد يصبح مستحيلا، بل يكفى على ما أرى لن تقارب حكومات الاسلام المختلفة وأن تتفاهم، بحيث يتكون منها هيئة واحدة شبيهة (بعصبة أمم إسلامية) تكون على رأس الحكومات، وتكون هي هيئة الخلافة، ولاسيما إذا الحق بهذه الهيئة مجلس مستقل عنها، يكون قاممرًا على النظر في الشؤون الدينية للمسلمين.

٣ ـ السلطة القضائية

أما السلطة القضائية في الاسلام فهي ليست مستقلة عن السلطة التنفيذية، إذ أن الخليفة يجمع بين السلطتين، وهو الذي يولي القضاة ويعزلهم، ويجور أن يلى القضاء بنفسه، وكان النبي في ومن بعده من الخفاء الاربعة بقضون بين الناس، فلما اتسعت شئون العلك وكثر عمال الخليفة، صار الخلفاء يولون القضاة في الأمصار والأقاليم، وصار القضاء يستقل شيئاً فشيئاً، حتى كسب له وجوداً متميزا عن دائرة عمال السلطة التنفيذية (1)

دلادة منخص تاريخ هذه السلطات الذلاثة بمصر

1. اندجت بلادنا المصرية في الدولة الاسلامية بالفتح العربي، وصارت مصر قطراً إسلامياً حتى يومنا هذا، وحلت الشريعة الاسلامية معلى الشريعة الرصائية، وكان من شأن ذلك أن كثر الفقهاء والمجتهدون في مصر، ومن إعلامهم الإمام الشافعي رضي أف عنه صاحب المذهب في مصر، ومن إعلامهم الإمام الشافعي رضي أف عنه صاحب المذهب الإمام الاعظم أبي حنيفة النصان، وهو مذهب أهل الراي، ومذهب الامام مالك رضي أف عنه ، وهو مذهب أهل المديث، وما زال المجتهدون يتوالون على مصر، حتى أنشى، الجامع الأزهر، في عهد الدولة الفاطمية، فضمن على مصر، حتى أنشى، الجامع الأزهر، في عهد الدولة الفاطمية، فضمن الاقطار العربية و لا شك في أن المصريين وضعوا حجرا كبيرا في بناء الشريعة الاسلامية، وساعدوا كثيرا على إعلائها، على أن ما ينتظر منهم أكبر أمة إسلامية في المستقبل، أكبر حطرا مما فعلوه في الماصي، فهم أكبر أمة إسلامية تعمل في عنقها أمانة النهضة بهذه الشريعة الغراه، فتضطى بها أعناق المورن، حتى يتسلمها الجبل المقبل مجددة حية فيها قوة ثميت جراثيم الجمود وتعيد اليها الجدة والشباب.

٧ ـ وكان من شان السلطة التنفيذية في مصر أن تبعد دهرا طويلا حكومة الخلافة في العديبة وفي دمشق وفي بعداد . حتى استقل بمصر ولاة معروفون في التاريخ ، ونشأت فيها دول للخلافة . ثم رجعت تابعة بعد أن كانت متبوعة ، وانتهى بها الأمر أن كانت فتحا للعثمانيين من الاتراك حكموها حتى جاء محمد على الكبير ، فأخذ مقاليد الأمور ، واسس الدولة المصرية ، التي نعيش في ظلالها اليوم

⁽١) العجلة ، بطرية الفصل بين السلطتين التنفيذية والقضائية لايزال فيها الخلاف قي الأن طبختهم يرى الفصل بينهما وبعضهم لايراه ، وحجته أن القضاة تعينهم السلطة التنفيذية ، وأن تطبيق القانون لايخرج عن كرنه تنفيذا له ولكل رأى أنصاره

٣ _ إما القضاء في مصر فكان يليه قضاة ترسلهم حكومة الخلافة. وكلما استقلت مصر بشئونها استقلت بقضائها. حتى جاء محمد على باشا . فانشا مجالس شرعية المسائل الشرعية، ومجالس أقليم للشئون الادارية والمائية، وجعل على رأس هذه المجالس مجلس الاحكام ومقره العاصمة.

ولما ولى سعيد باشا أنشأ مجالس محلية للقضاء نظمت في عهد امماعيل باشا، على أن الاضطرابات والفوضى كانت من مميزات القضاء في مصر. وزاد الأمر تعقيدا وجود الامتيازات الأجنبية "فسعى نوبار باشا سعيه المعروف حتى انشئت المحاكم المختلطة، في دائرة اختصاص معين. فلما استقام شأن القضاء في هذه الدائرة، كان مشجعا للحكومة المصرية على انشاء المحاكم الاهلية.

اما القضاء الشرعى فقد كان على راسه قاضي مصر، يعينه السلطان العشانى (حتى سنة ١٩١٤ لما انقطعت التبعية بين مصر وتركيا) وقد سعى سعيد باشا لدى الباب العالى حتى جعل تعيين باقى القضاء من حقوق الحكومة المصرية ولكن من جهة آخرى اصبح القضاء الشرعى بعد ال كان شاملا لاختصاص عام قاصرًا على الأحوال الشخصية للمسلمين، بعد ان انتقصه القضاء الشمئل والقضاء الأهلى من اطرافه . ولعل تضييق دائرة القضاء الشرعى جعلت من السهل نوعًا بذل العناية في إصلاحه فصدرت عدة لوائح لترتيب المحاكم الشرعية واهمها لائحة سنة ١٨٨٠ ولائحة المعالم ولائحة ولائحة المعالم الشرعية . واهمها لائحة سنة ١٨٨٠ وتنقح فيما يستحق التعديل والتنقيح . وقد امتزجت في هذه اللوائح الشريعة الاسلامية بالقانون الحديث امتزاجًا دلت التجربة على أنه كان موفقًا ، وهو يثبت من ناحية آخرى ، «أن الشريعة الاسلامية إذا صادفت من يعني بأمرها ، تستطيع ان تجارى القانون الحديث دون تقصير ، بل وتفوق عليه في بعض المسائل »

تطور لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المصرية(ه) لحضرة الأستاذ المحقق الدكتور عبد الرزاق بك السنهورى مدرس القانون المدنى بكلة العقوق بالجامعة المصرية

الان نكتفى بالقاء نظرة عامة على تطور لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من سنة ۱۸۸۰ الى سنة ۱۸۹۷ إلى سنة ۱۹۰۹ إلى سنة ۱۹۱۰.

١ ـ لائحـة سنة ١٨٨٠:

مما يستحق الذكر أن لاتحة سنة ١٨٨٠ صعورت قبل افضاء المحاكم الأهلية ولذلك جاء في مادة ٥٣ من عذه اللائحة: أن المحاكم الشرعية تختص بالنظر والحكم في المواد الشرعية كافة بما في ذلك المواد المتطقة بالأحوال الشخصية وما يتفرع عن كل ذلك ويلحق به ، وكذلك مواد القتل إنما تكون روية مواد القتل المذكور بمحكمتي مصر والاسكندرية ومحاكم لمديريات والمحافظات بعد الاحالة عليها من المجالس النظامية ، وكذلك تختص المحاكم الشرعية بكتابة السندات الشرعية بجميع ما يصدر بها من "المقود والاشهادات ونحوها."

يفهم من هذا أن المحاكم الشرعية حسب لائحة سنة ١٨٨٠ كان لها المتصاص عام في العوال المدنية وليس اختصاصاً قاصراً على الاحوال الشخصية وهناك نظرية تقول أن هذا الاختصاص العام باق لها لم ينزع منها وأن المحاكم الأهلية ماهي إلا محاكم استثنائية نزعت من اختصاص للمحاكم الشرعية مواد معينة بمقتضى لائحة سنة ١٨٨٣ فكل مالم يعط للمحاكم الأهلية بنص يبقى في اختصاص المحاكم الشرعية ولو لم يكن في دائرة الاحوال الشخصية ولا اعلم أن محكمة شرعية اخذت بهذه النظرية وإن كان عابله للفهم ويلاحظ أيضاً أن المحاكم الشرعية حديث التعليل النظري قابله للفهم ويلاحظ أيضاً أن المحاكم الشرعية حسب لائحة سنة ١٨٨٠ كان لها إختصاص جنائي محصور في

⁽ه) نقلا عن مجلة المحاماة الشرعية ـ السنة الأولى ـ العبد الثاني ـ جمادي الثاني سنة ١٣٤٨ هـ الموافق نوغمبر ١٩٢٩م في المبضحات ٧٤ ، ٧٥ ، ٧٧

مواد القصاص ولايزال حتى الآن أثر هذا الاختصاص ماثلاً في وجوب أخذ رأى المفتى قبل الحكم بالاعدام على أن أخذ رأيه لمجرد الشكل لا تأثير له وكذلك تختص المماكم الشرعية بكتابة السندات الشرعية بجميع ما يصدر بها العقود والاشهادات وتحوها وقد جاء في المادة (٥٥) أمَّه مى حقوق جميم المجاكم الشرعية كثابة حجج العقارات بما في ذلك مر الاطيان العشورية والحراجية سواء كانت بدائرة ولايثها أم لايما يحصل فيها من انتقال الملكية بجميم أسيابه أو من الرهن و تحوها أو من الوقف او الوصية وكامل العقود التي تحصل بشأنها وقد كان ابضاً من اختصاص المحاكم الشرعية مادة (٥٧) نصب الأوصداء والقوام وعزل من بستحق العرل منهم بموجبات الشرعية وثبوت رشد من يدعيه يكون كل نلك ماطلاع ومخابرة المجلس الحسبي اما من حيث المذهب الدي كانت تطبقه هذه المحاكم فقد نصت مادة (١٠) أنه يجب أن تكون الأحكام مبنية على أرجع الأقوال في مذهب الإمام الأعظم (أبي حنيفة النعمان (رض) ولا يعدل عنه إلى غيره ولكن مظرأ لدفع العساد وكثرة الجراءة على ازهاق الأرواح المعصومة تجاكم القضاة المأمورون بالقضاء على مواد القتل بمذهب الإمامين الجليلين صاحبي الإمام الأعظم والأئمة الثلاثة في مسائل القتل العمد بحسب المنشورات السابقة

٢- لائحة سنة ١٨٩٧

صدرت هذه اللائمة بعد انشاء المحاكم الاهلية بعدة غير قصيرة ويلاحظ فيها أن روح القانون العديث قد سرى إليها اكثر من سابقتها بطريق العدوى من المحاكم الأهلية ، وأول ما نلاحظه على لائمة سنة بطريق العدوى من المحاكم الأهلية ، وأول ما نلاحظه على لائمة سنة ١٨٩٧ عدم وجود مادة فيها تشبه المادة (٥٣) من لائمة عام في المسائل التي كانت تنص على أن اختصاص المحاكم الشرعية عام في المسائل العدنية ومن يريد أن يعرف اختصاص المحاكم الشرعية في نلك الوقت يجب أن يحال على لائمة ترتيب المحاكم الأهلية فيجد في المادة (١٦) منها ماياتي (ليس للمحاكم العنكورة ـ أي المحاكم الأهلية أن تنظر في ألهنازعات المتعلقة بأصل الاوقاف ولا في مسائل الانكحة وما يتعلق بها

من قضايا المهر والنفقة وغيرها ولا في مسائل الهبة والوصية والمواريث وغيرها مما يتعلق بالأحوال الشخصية).

والذى يهمنا من هذه المادة أن الأحوال الشخصية خارجة من اغتصاص المجاكم الأهلية، وهي التي بقيت في اغتصاص المجاكم الشرعية ويؤكد ذلك أن المواد من ١٦ ـ ٢٠ من لائمة ترتيب المعاكم الشرعية الصادرة سنة ١٨٩٧ تكفلت ببيان الاختصاص النوعى لكل ممكمة من المحاكم الشرعية فأختصت محاكم المراكز بالمواد المتعلقة بالنكاح، والمهر، والجهاز، والعضانة وانتقال الأم بالصغير من بلد إلى بك والصلح بين الزوجين، وحفظ الوك عند محرمة، والطلاق والخلم، والمباراة، والفرقة بين الزوجين بأسبابها الشرعية، حسب المقرر في ً المذهب وتقدير النفقات، بما فيها من نفقة الاقارب، والتوكيل بين الزوجين، وثبوت النسب ونحو نلك أما يتعلق بأمور الزوجية على أن المادة (١٨) تعطى المجالس الشرعية اختصاصاً فيه شيء من الابهام إذ تنص على أن المجالس الشرعية تنظر فيما يرفع إليها من المواد الشرعية ، ما عدا المنكورة في المادة التي سبق نكرها ، فالرجوع إلى ماعدا مانكر بالمادة السابقة من المواد الشرعية بذكرنا بالمادة (٥٣) من لائمة سنة ١٨٨٠ التي تنص على اختصاص المحاكم الشرعية بكون في كافة المواد الشرعية ، على إنه يجب أن يقهم أن المراد بالمواد الشرعية في لائمة سنة ١٨٩٧ الاحوال الشخصية دون غيرها، إذ لم يرد اختصاص محاكم المراكز وهي محاكم أول درجة وقد قصلته المادة (١٦) على النصو الذي تقدم غير مسائل داخلة في الأحوال الشخصية ولأن المواد القانونية التي ليست من الأحوال الشخصية دلظه بنص صريح في اغتصاص المحاكم الأهلية أراقي اغتصاص المحاكم المغتلطة هذا وقد قسمت لائحة سنة١٨٩٧ المملكم الشرعية إلى مجاكم المراكز وإلى محاكم المديريات والمعافظات وإلى محكمة عليا بمصر . فمحكمة المركز يكون لها قاض واحد ومحكمة المديرية أو المعافظة تتألف من قاض وعضوين معدهما مفتى الجهة وتصدر الأمكام فيها من الثلاثة ويكون القاضي بصفة رئيس ويستثنى من ذلك محكمة مصر إذ تتألف من قاضي مصر وخمسة أعضاء وتصدر الأحكام من ثلاثة منهم المدهم القاضي بصفة كونه رئيساً أو من يتوبه عنه أما المحكمة الطيا بمصر فتولف من خمسة وهم قاضى مصر بصفة كونه رئيساً ومفتى الديار المصرية ومفتى نظارة الحقائية وعضوان يعينان بامر من الفديوي بناه على طلب ناظر المقانية وتصدر الأحكام من الغمسة واستمر العمل بالاثعة سنة١٨٩٧ اكثر من عشر سنوات حتى صدرت اللائمة

2- لائصة سنة 1909 و 1910.

صدرت لائمة سنة ١٩٠٩ م ١٩١٠ بقانونين الأول في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٩ (قانون رقم ٢٥ سنة ١٩٠٩) وهو الشطر الخاص بترتيب المحاكم واختصاصها والثاني في ٢ يوليو سنة ١٩٠١ (قانون رقم ٢١ يوليو سنة ١٩٠١) وهو الشطر الخاص بالأجراءات وقد صدر بعد ذلك عدة قوانين عدلت من هذه اللائمة واللائمة تنقسم إلى سنة كتب تليها احكام عمومية أفرد الكتاب الأول لترتيب المحاكم الشرعية وتشكيلها وتحديد دوائر اختصاص كل محكمة والكتاب الثاني والباب الرابع من الكتاب الثالث لبان اختصاص هذه المحاكم وبقية الكتاب الثالث لبان اختصاص هذه المحاكم وبقية الكتاب الثالث لليفية انتخاب القشاة المرعيين وتعيينهم ونديهم وتاديبهم والكتاب الرابع للكلام على الاعلانات وقيد الدعاوي وتقديم المستندات والمرافعات والأراز والأحكام وطرق الطفن فيها والكتاب الماسس للكلام على تنفيذ الأحكام والكتاب السادس لتحقيق الوفاة والوراثة والاشهادات والتسجيل وتتناول الأحكام المعومية سقوط الدعوى بمضى العدة والكلام على الافتاء، ومسائل نظامية

تقرير عن المؤتمر الدولي للقانون المقارن بلاهاي في اجتماعه الأول سنة ١٩٣٢

وضعه باللغة الفرنسية الاكتور عبد الرزاق السنهوري(١)

وترجمة الى اللغة العربية . الأستاذ عبده حسن الزيات

في مطلع شهر اغسطس الماضي، شهد عالم القانون مؤتمرا دوليا عظيما للقانون المقارن ينعقد بلاهاي في رواء وروعة جديرين بمحفل اجتمع فيه خمسون وثلاثمائة مندوبا يمثلون خمسا وخمسين أمة ويساهمون في هذه المظاهر العلمية الهاتفة بالتعاون القانوني الدولي

لقد كان علينا ـ قبل أن نشهد هذا المؤتمر ـ أن نتربص أكثر من ثلاثين عاما بعد انعقاد المؤتمر الأول للقانون المقارن في باريس عام ١٩٠٠

حينداك لم يكن ثمة اتفاق حول موضوع أو غرض هذا العلم القانونى الناشيء بل أن فكرة القانون المقارن نفسها والدور المهيئا له وأسلوبه وميدان بحثه ، كل اولئك لم تظفر أنذاك الا بضئيل من التحديد . كان الفضل في تحقيقه لللعالم الكبير المأسوف عليه رايمون سالى ثم لأستاذنا العظيم ادوا لامبير الذي عارض النظرية التي تقدم بها سالى الى المؤتمر عن القانون العام للانسانية المتحضرة ، بنظريته التي تقدم بها عن القانون التشريعي العام ، تلك الفكرة التي عاد اليها فنماها وضمنها كتابه العظيم المسمى «مهمة القانون المدنى المقارن » ولقد كان (لامبير) واحدا من القلائل الذين قيض لهم أن يشهدوا المؤتمرين اللذين فصلتهما أعوام الثلاثي ، فطبعهما كلاهما بطابعه القوى العبقري وكان الأب الروحي الذي

 ⁽١) المعرب هذا ليس الا جزءا من التقرير الذي نشر باكمله في مجلة القانون والاقتصاد من ٢ من ٢٨٩ وما يعدها.

عمد هذا العلم الجديد في يوم مولده، ثم شهده اليوم يبلغ المرحلة الأولى من نضوجه العلمي

لقد كسب القانون المقارن، منذ مؤتمر ١٩٠٠، في ميدان التجديد : فالإبحاث الشاملة أو التي عرضت لموضوعات خاصة منه قد كثرت، وميدانها قد امتد بفعل تيارات فكرية ثلاثة كما لاحظ ذلك الأستاذ لامبير في تقرير ستسنج له فرصة الرجوع اليه. هذه التيارات الثلاثة هي عصحوة الروح المولية والأخذ بالعامل الاجتماعي في القانون وخلق كتلة تعاونية قانونية ذات مسحة دولية واضحة الظهور.

لهذا كان الوقت ملائما لانعقاد مؤتمر قانون مقارن يقيس الثقة التي عبرت من الطريق ويمهد للعمل الجمعي الذي يأخذ فيه قانونيو (فقهاء) البلاد المختلفة في جو جديد تسوده العقلية الدولية كما خرجت من الحرب. ولقد قدر للمجمع الدولي للقانون المقارن، الذي اسس في حنيف عام ١٩٣٤ ثم انتقل الى لاهاي ، إن يضطلع بمهمة الدعوة إلى هذا المؤتمر العالمي. فأعد مسيو (بالوخ) سكرتيره العام مشروع دعوة الى مؤتمر يعقد بلاهاى وكان هذا المشروع موضوع مذاكرات المجمع في منعقد عام ١٩٣٩ . ووجه الأستاذ لامبير نداءه الى العالم القانوني في صورة تقرير قدم في جلسة افتتاح المجمع لذلك العام هذا التقرير الذي اشرسا اليه والذي كان توزيم صوره دعاية كبرى للمؤتمر فقد أرسله المجمع الى جميم الهيئات العلمية التى يعبيها الأمر وكان بين هذه الهيئات كلية الحقوق بالجامعة المصرية وشفع المجمع الصور المرسلة بأسئلة وجهها الى تلك الهيئات طالبا أن تنهى اليه رأيها - أثرى من المستطاع تحقيق فكرة عقد " المؤتمر؟ فأن رأت ذلك ففي أي زمان وفي أي مكان؟ وعلى ضوء الإجابات التي تلقاها المجمم استطاع أن يقرر عفى ثقة من الأمر عامكان عقد المؤتمر في لاهاي عام ١٩٣٢ وأكلا الى مكتبه العناية بتحقيق نلك الانعقاد فاتجه الى تنظيم اجتماعه على اساس واسم يكفى لتقدير مداه ان نشير الى ما تضمنه تقرير الأستاذ لامبير في هذا الصدد.

ولقد كان من الواجب ـ لكي يستطيع مؤتمر للقانون المقارن أن ينهض: بالعمل ـ أن تتوفر فيه صفة الدولية إلى أن يجنب إلى منتداء مؤتمرين من من الامركيين وأسيويين الى جانب المؤتمرين الأوربيين وأن يتعاون فى ساحته رجال القانون فى الدول التى شطرتها عداوة الأسس تعاونا تسوده روح التوازن والمساواة وأن يلع على جمعيات الحرف وهيئات العلماء والكتل الادارية أو التعاونية التى ابدت اهتماما بأمر القانون المقارن فى أن تزجى الى المؤتمر مندوبين أو ملاحظين ».

ولقد نفذ هذا البرنامج بعقة وتحرج بغضل نشاط السكرتير العام للمجمع الأستاذ الهمير بالوخ الذي أخذ منذ عام ١٩٣٠ يهييء الأمر في بلاد كثيرة بين الجماعات القوية المختلفة فتسنى له أن يجمع تقارير واردة من بلاد متنوعة أعد على هداها نظام بحث الموضوعات التي اشتملها جمول أعمال المؤتمر بعد أن دير اجتماعا من بعض رجال القانون اضطلعوا بتوزيع العمل بين الأنسام المختلفة واعداد جدول أعمال كل منها وقد حرص الدجمع الدولي للقانون المقارن على أن يسجل عرفانه بجميله

وان من المناسب ان نتصدت بعض الصديث عن الفايات التي ادركها المؤتمر وان أتصدت عن الفاية المعنوية ذلك انها اعظم من أن يسع الكلام فيها هذا التقرير الوجيز وإنما أخص بالعديث النتائج المادية التي تسنى بلوغها:

قالى جانب القرارات المتعددة التى اتغنتها لجان المؤتمر المختلفة غاصة بالمسائل التى عرضت عليها ، تلك القرارات التى ستجمع فى قائمة غاصة – الى جانب تلك القرارات أبدى المؤتمر – بناء على ما ارتأه السكرتير العام للمجمع فى الجاسة الافتتاعية – رغبته فى أن تنشأ دمجلة القانون المقارن تكون لسانا رسميا للمجمع ، كما تمنى المؤتمر أيضا وتدريس القانون المقارن فى جميع كليات الحقوق بجامعات الأمم المتتوعة ،

على أن لزاما على أن أقرد بنكر خاص قرارين من قرارات المؤتمر لأنهما يسجلان وقتا معينا في تاريخ السير المطرد للقانون المقارن.

فاما الأول فقد قرر المؤتمرون أن يصبح مؤتمرهم نظاما دائما يدعى في الانطاد بصورة دورية مرة كل ثلاثة أو خمسة أعوام عن طريق المجمع الدولي للقانون المقارن. وقد وضع فذلك الائحة قصد بها تعيين النقط الرئيسية في تنظيم هذه المؤتمرات الدولية المستقبلة وهي تقضى بأن مكتب المجمع يتولى، كل عامين، دعوة خبراء مختارين من البلاد المختلفة ليقدموا الاقتراحات الخاصة بتنظيم المؤتمر القادم، وأن يؤلف مكتب المؤتمر من اعضاء مكتب المجمع نفسه مشتركا معهم نخبة من القطاب الفقه والقضاء في البلاد المختلفة مع مراعاة تحقيق تعثيل جميع العقليات شعبا تضمن بحث المسائل المختلفة وأن تكون لغابه الرسمية ، الألمانية والانكليزية والاسبانية والفرنسية والإيطالية وأن ينظر مكتب المجمع في قبول الترشيحات لعضوية المؤتمر بعد فع المبالغ التي حددها ، وأن تنشر المقارير التي توضع خاصة بإعمال المؤتمر في مجموعاته ، وأن تنشر

وهكذا قدر أن تتحقق الرغبة التي سجلها لامبير في تقريره المنوه عنه حين قال فيه وأن ما أرقبه من أول موتمر دولي للقانون المقارن ينعقد بعد الحرب، هو أن يخرج إلى الوحود نسلا مستطيلا متتابعا من الموتمرات الدولية التي تضم من أصحاب القانون أفرادا يتملكهم الشعور بتداخل وتعاون القانون بوصفه علما لجتماعيا مع القانون بوصفه علما دوليا،

لقد ظفرنا بهذه النتيجة المحققة ، وهي خلق هذه الجرئومة من جراثيم التنظيم الدولي لنص القانون ، ذلك التنظيم الذي سيوفره انشاء سلسلة زمنية منتظمة من المؤتمرات الدولية لرجال القانون .

اما الأمر الثانى الذي احب أن أخصه بالنكر فذلك أن المؤتمر أعلن رغبته في أن تنشأ في احضان المجمع الدولي للقانون المقارن كلية حقوق دولية ، وتلك رغبة قد أهمت الأستاذ لامبير وحدب عليها حدبا كبيرا حتى لقد سجلها في مختتم بحث نشره من «اعمال المجمع» عام ١٩٣٧ في موضوع القانون المشترك لعصبة الأمم، هيئاتها الحاضرة، وهيئاتها المستقبلة والماجة الى انشاء كلية حقوق دولية . ولقد عرض صاحب الاستقبلة والماجة الى انشاء كلية حقوق دولية . ولقد عرض صاحب لاقتراح ، مسيو بالوخ ، في جلسة افتتاح المؤتمر الرسمية ، بيانا موجزا لما وراء تحقيق اقتراحه من فوائدة ولقد اشار في بيان اهميته الى ان انشاء كلية دولية للقانون من شأنه أن بيسر للمشرعين المحليين من الملاد

المختلفة الافادة مما تم في بلاد غير بلادهم من عمل تشريعي، وليس الا هذه الكلية يستطيع تدريس النظم التشريعية المنوعة بغير اغارة على نشاط اي من الهيئات القائمة ثم انها لتنهض بتزوير الوظائف الدولية التي تتزايد الهميتها شيئا فشيئا بمن يشغلونها كالمشرعين والأساتذة والقضاة والمحامين الدوليين ورجال السلك السياسي ومديري المنشئات الدولية ولقد نوه مسيو لامبير، كرئيس للشعبة العامة في المؤتمر، بأهمية هذا المشروع مقترحا اتخاذ لاهاى مقرا لها ولقد جاء بين كلامه في هذا الشأن

ان القانون المقارن او مقارنة الفقه ليست فرعا خاصا من القانون وإنما هي الشكل الذي يتشكل به القانون عندما يراد منه مواجهة جمعية الشعوب التي قد اصبح ملاكها الاقتصادي دوليا المواممة بالفعل والتي فطنت الى ضرورة المواممة بين نظمها القانونية وقوامها الاقتصادي وتدويل الاقسام التجارية من قانونها ان القانون المقارن هو التركة التي تلفيناها عن القانون الروماني كما كان في القرون الوسطى وأن هذا القانون المقارن ليرجى أن تقيم من جديد عناصر التعاون والتفاهم بين العلوم القانونية القومية ، تلك العناصر التي طوعت للحاشين أن يستخلصوا من عادات القرون الوسطى اساسا لقانون تشترك فيه الدول المسيحية في الغرب » .

ولقد اقترح مسيو بالوخ الابتداء بتعيين خمسة أو ستة من الأساتذة الدائمين يقومون بتدريس المواد الأثية

تاريخ علم القانون والتاريخ المقارن للقوانين، القانون الدولى العام مع التعمق على اساس المقارنة، القانون الدولى الخاص مع التعمق على اساس المقارنة، القانون الدينى المقارن والمرافعات الجديثة المقارنة، القانون التجارية المقارنة، قانون العقوبات المقارنة والمرافعات الجزائية المقارنة، القانون العام المقارن بفرعيه الدستورى والادارى. على أن توجد الى جانب هذه الدوس العامة محاضرات ودروس خاصة يلقيها اخصائيون ينتمون الى البلاد المختلفة. هذا هو المشروع الذي عرض على المؤتمر فاقر قواعده الهامة في جلسة

وهنا نظفر بنتيجة محتملة لا محققة كالنتيجة السابقة هي إيجاد مقر لدراسات سنوية في لاهاي تتناول القانون المقارن وعلم الاجتماع وفي مستطاعها أن تلعب دور كلية حقوق دولية كما تنبيء الآراء التي تبادلتها شخصيات ذات اختصاص على أثر توجه المؤتمر بتلك الرغبة.

بقى على أن أشير إلى ما لانشاء بيئة لدراسة القانون المقارن والشريعة الاسلامية من أهمية بالقياس إلى كلية الحقوق المصرية ، وأن المكانة التي أستردها المندوبون المصريون في المؤتمر وكسبوها للشريعة الاسلامية لتبرر كل التبرير التفاؤل الذي يصحب التفكير في تحقيق مثل هذا المشروع بأحد أمرين:

(۱) انشاء دبلوم للدارسات العلها من قسم الدكتوراه بكلية الحقوق بالجامعة المصرية يدرس طلبته مع الشريعة الاسلامية والقانون المقارن مواد اخرى مثل تاريخ القانون والقانونالروماني ويكون هذا الدبلوم الجديد مكملا مجموعة الدبلومات العلها التي يتكون منها قسم دكتوراه احتذى في وضعه مثال الجامعات الفرنسية

 (٧) أو أنشاء معهد مستقل خاص للشريعة الإسلامية والقانون المقارن وفق النظام الذي أقره مجلس كلية المقوق للمعاهد المنزعة التي أنشئت في أحضان الكلية.

لقد هان الوقت واعطانا مؤتمر لاهاي اشارة الابتداء. لقد أن الاوان لدراسة القانون بنفحات التجديد، وأن علينا أن نود الي الشويعة الاسلامية - بدراسة تاريخية ومقارنة عميقة جادة - صفة التواؤم مع هاجات النظام الاجتماعي القائم وأن نقطة الابتداء من هذا العمل يجب أن تكون - كما سبق أن قلمته في كتابي عن «الخلافة» ما الفصل بين الجزء الديني والجزء الزمني في الشريعة الاسلامية ذلك أن الجزء الديني يجب أن يفات من دائرة دراساتنا ليبقي حكرا لرجال الدين من المسلمين.

ولأن علينا أن نعنى فى دراستنا بجمل الشريعة الإسلامية ممكنة التطبيق على السواء بالقياس للمسلين وغير المسلمين، كان واجباً أن نميز، فى نظام القسم الزمنى من الشريعة نفسه، القواعد ذات المسبغة الدينية من القواعد ذات الصبغة القانونية البحتة. اننى لا اعنى بالاسلام - فى ميدان الدراسة القانونية - مجموعة من القنظيم القواعد الدينية وإنما نظاما للحضارة يعتمد على أساس من القنظيم القانونى . هذا هو الاسلام الثقافة لا الاسلام العبادة وانى لزعيم بأن المصريين جميعا مسلمين وغير مسلمين ليجتمعون على اقارار ضرورة النهوض بحركة ترمى الى التمكين لهذا النظام القانونى العتيد من الانطباق في العصر الحاضر وهو ذلك النظام الذي اشترك في بنائه من رجال القانون الاسلامي من لا يقاربهم في عظمتهم غير فقهاء الرومان .

ان على كليتنا أن تخطو الخطوة الأولى في سبيل هذا الاسلاح بل في سبيل هذا «الرئيسانس» مهما تتكلف في هذا السبيل. أن كلمة الرئيسانس قد تكون كلمة طعوحة ولكنها بيررها ما في هذا العمل من عظيم الخطر.

ان علينا أن نعيد الى مصطلح الحقضارة الإسلامية المرونة التي فقدها وإلا نعتبرها مجرد مجموعة من القواعد الدينية بل صورة بديعة من صور المدنية يقدمها التاريخ الينا - على حد قول لامبير - اكثمرة للنشاط المشترك الذى ساهمت فيه جميع الوحدات الدينية التي تعيش مند قرون بعيدة وتعمل جنيا الى جنب في ظل راية الاسلام».

فقرات مقتبسة

من تقرير الأستاذ ادوار لامبير

عن اعمال المؤتمر الدولي للقانون المقارن(١)

. . . أن النظرية الاسلامية عن الضرورة تبدو كأنها التعبير الأقوى والأشمل عن فكرة تضطرب جرثومتها فيما يعرف من القانون الدولى العام باسم الشرط الفاسخ الضمنى Rebus Sie Stantibus ، وفي نظرية عدم التوقع التي اخذ بها القضاء الادارى الفرنسى . والمرونة التي اصطنعها القضاء الانجليزى متأثرا بفكرة استجالة تنفيذ الالتزامات بسبب النتائج الاقصادية للحرب العظمى ، وفي القضاء الدستورى الأمريكي المتعلق به .

ولقد تقدم الأستاذ السنهوري بسند جديد للدعوى المعروضة على البحث عندما أشار إلى الكتاب الذي أخرجه حوالي عام ١٩١٣ أحد إبناء وطنه محمود فتحي ـ الذي اغتاله الموت قبل الأوان عن ونظرية اساءة استعمال الحق في الشريعة الإسلامية وفي حين كانت النظرية الفرنسية عن الساءة استعمال الحقوق في أوج قوتها بفضل مؤلفات الأستاذ جوسران ولقد نتبع فتحي النشاط الاسلامي خلال سنة قرون وأرانا تلك النظرية ننتهي من مرحلتيها الأخيرة إلى إقرار أربعة ميادين واضحة الحدود لاساءة استعمال البحق أكثرها ذات طبيعة اقتصادية . بينما لم توفق لنظرية الغربية حتى الأن الا في تحديد ميدان واحد من تلك الميادين وهو استعمال الحق بقصد الأضرار . ولقد كان لكتاب فتحي تأثيره في أوربا فقت تناثيره في أوربا

ورد هذا التقرير ضمن تقرير الأستاذ السنهوري الذي عربنا جزء منه ونشرناه مي نفسَ العدد .

وإذا كنت استعيد هذه الذكرى التي اثارتهاملاحظات الأستاذ السنوري، فذلك لابرهن لزملائنا المصريين على انهم هم الذين يقبضون بأيديهم على الوسائل التي تمكن من سكب النور على الخدمات التي تستطيع الشريعة الاسلامية أن تزود بها الفقه المقارن، وحسبهم في سبيل هذا أن يقيموا في جامعتهم القومية مركزا للأبحاث العلمية لمقارنة الشرائم.

الامبراطورية العربية التي نبشر بها(*)

 منشر في هدا الباب رد الزعماء وكبار القادة والمفكرين في العالم العربي على استفتائنا في مشروع الامبراطورية العربية

بيان

الدكتور السنهوري(١)

الرابطة العربية حقيقة واقعة، ويخطىء من يظن انها حركة خيالية، أو انها ضرب من «التهويش» يقصد به إلى مجرد الدعاية والتأثير في سياسة أوربا نحو الشرق، واحسب أن الدول الغربية، وفي مقدمتها أنجلترا وفرنسا، تعرف عن الرابطة العربية وعن العناصر التي تتألف منها هده الرابطة وعما يقدر لها من نجاح وانتشار، أكثر مما نعرف نحن في بلاد الشرق العربي، ذلك لأن هذه الدول ترسم خططها السياسية على أساس أن الشرق العربي كل لا يتجزأ وأن مايقع في قطر منه يكون له صداه عي الأقطار الأخرى.

واعتقد أن الوقت قد حان لتحليل هذه الرابطة العربية. وعدم اطلاقي القول فيها اطلاقا خاليا من التحديد والدقة.

الرابطة العربية كسائر الروابط تتكون من عناصر متنوعة عنصر اللعة. وعنصر الجنس والدم. عنصر التاريخ والتقاليد ويعزر ذلك وحدة

^(») نشرت في مجلة الرابطة العربية لصاحبها الأستاد امين سعيد وكنت تصدر في القاهرة، العدد ١٢ السنة الأولى- ١٤ اغسطس سنة ١٩٣١م

 ⁽١) إتّخد حضرة الدكتور السعهوري ، الرابطة العربية ، وطريقة تحقيقها موضوعا لبحثه فكتب فيه القصل النفيس الذي يطالعه القاري،

الدين في الكثرة الغالبة. وتقاليد التسامح الديني، واعتبار الاقلية غير المسلمة الحوانا للمسلمين

فرابطة تجمع كل هذه العناصر خليقة أن توجد أمة واحدة ، لو تأتى لها أن تضم إلى كل ذلك الرابطة السياسية . وقد كان الأمر كذلك زمنا طويلا على أن أقل ما ينتظر من الرابطة العربية . وفيها كل هذه العناصر ، أن تنتظم البلاد العربية في حلف واحد وأن تندمج جميعها في كتلة واحدة ، على شريطة أن نتعهد هذه الرابطة بالتقوية والتوثيق . وقد حان الوقت لننظيم ذلك

وعندى أن همالك مواحى ثلاثا يحسن تمييزها بعضها عن البعض الأخر الناحية السياسية والناحية الاقتصادية والناحية الثقافية

اما الناحية السياسية مالعمل فيها اوضح اثرا ، ولكن يحسن أن يتأخر هذا العمل إلى ما بعد التمهيد له من الناحيتين الاقتصادية والثقافية ، والذي يمكن عمله الان في هذه الناحية شيء يسير ، كأن تتعاقد الدول العربية المستقلة فيما بينها ليتيسر التنقل ما بين البلاد العربية فتمحي جوازات السفر ويكون لابناء الدول العربية حق الاقامة في أي قطر عربي متمتعين بنفس الحقوق الثابتة لمواطني هذا القطر ، أو تمنح لهم تسهيلات حاصة للتجسس بجنسية أي قطر عربي ، وقد قدم العراق خير مثل لذلك ويجور أيضا التعكير من الان في وصع الاساس لاتحاد جمركي عام لجميع الاقطار العربية على أن المستقبل كفيل بتحقيق أعمال سياسية أجل من هده وأكبر خطرا ولما أن نؤمل ب بعد التمهيد الاقتصادي والثقافي ال ترتبط البلاد العربية كلها بسلسلة من المعاهدات والمحالفات الدفاعية ، وال يكون لها مجلس سياسي دائم ، وهيئات سياسية ثامتة ، على أن ينتظمها جميعها مرهي وحلاد الشرق الادني والاوسط كتركيا وإيران والافغان عصبة أمم شرقية تكون شعبة في عصبة الامم العالمية بجبيف

والداحية الاقتصادية تنبغي العناية بها مدد الأن وسبيلما إلى ذلك درس الاسواق هي البلاد العربية بلدا بلدا، والعمل على إنما التبادل التجاري هيما بين هده البلاد وللشركات المصرية وعلى راسها بنك مصد مجال واسع للعمل، مرؤوس الاموال اكثر تواقرا في مصر عن عيرها من البلاد، والاسواق العربية اكثر استعدادا لاستخدام هذه الاموال، والفرصة

سائمة لانشاء المصارف وشركات النقل وتبادل المنتجات الزراعية والصناعية وتدعيم كل ذلك بمعاهدات جمركية. هذه هى الميادين الأقتصادية التي تستغرق نشاط العاملين للرابطة العربية.

بقيت لنا الناحية الثقافية، وهي الناحية التي تمهد للناحيتين الإخريين، وينبغي تعهدها بكل ما يمكن بذله من الجهود بدون هوادة أو استرخاء، وهي ناحية ذات شعب متعددة. فاللغة العربية ونشر أدابها وتاريخها وتوحيد المصطلحات العلمية فيها شعبة جليلة الأثر والتاريخ العربى ودراسته بذكرياته المجيدة ومواقفه الحافلة شعبة أخرى تثير الحماسة القومية ، وتوقظ الروح العربية - والفلسفة والعلوم الاسلامية التي ر هت واردهرت منذ عهود بعيدة في ظل الامتراطورية العربية تصلح مجالا لنشاط علمي واسع المدي، والثعليم العالى الجامعي في الأقطار العربية المختلفة في حاجة إلى الاتصال بروابط قوية تبسر تبادل الاسائذة والبعثاث العلمية . والمسائل الاقتصادية في كل قطر عربي في حاجة إلى من يتوفر على دراستها دراسة عميقة ثم تعرض جميعها على بساط البحث العام وبأثى إلى جانب ذلك القانون، وأحب أن أوجه النظر إلى القانون بنوع خاص . فللبلاد العربية جميعها تراث مشترك هو الفقه الاسلامي . وعندى ان الشريعة الاسلامية مصدر خصب يعدنا بكثير من الأحكام القابونية التي تتمشى مع أحدث المبادىء وأرقى النظريات وقد جربت دلك بنفسى عند وضع مشروع القانون المدنى في العراق، واني عظيم الايمان بامكان توجيد قانون الالتزامات والعقود لجميع البلاد العربية على اساس مشترك من الفقه الاسلامي وقد سبقنا إلى فكرة التوحيد دولتان غربيتان عظيمتان هما فرنسا وإيطاليا، إذ تعاون رجال القانون في البلدين على وضع المشروع الفرنسي الايطالي المعروف وسأعود إلى هذا الموضوع الجليل في فرصة أخرى

هده هى الشعب المختلفة للناحية الثقافية وخير وسيلة للعمل هو تنظيم مؤتمر عربى دائم، ينعقد كل عام فى عاصمة من العواصم العربية. وارى ان نبدا العمل بتشكيل لجنة دائمة لهذا المؤتمر فى كل قطر عربى . وتنقسم اللجنة إلى شعب تتنوع بننوع نواحى النشاط المختلفة التى سبقت الاشارة إليها . ومجموع هذه اللجان بشعبها المتنوعة هى التى يتألف منها المؤتمر العربي، ويكون لهذا المؤتمر مكتب دائم يقوم بتحضير أعمال المؤتمر في كل عام وينظم انعقاده وينشر النتائج التي يصل إليها.

ومن الخير أن يقترن انعقاد هذا المؤتمر بانفقاد مؤتمر آخر للشباب العربى، فيمثل المؤتمر الأول رزانة العلم ونضوج التفكير ويمثل المؤتمر الأخر حماسة الشباب وعزيمته ويتعرف فيه الشباب العربى بعضه إلى بعض حتى يتحقق من وراء ذلك التضامن والتعاون، وعلى اكتاف الشباب بقوم كل عمل جليل

نبى المسلمين والعرب(*)

للدكتور الأستاذ عبد الرزاق احمد السنهورى عميد كلية العقوق

للنبى عليه السلام حرمة في نفس كل مسلم، بل في نفس كل انسان يحترم الانسانية، ويحترم من يعمل لغيرها، وهذه الحرمة تولد في قلب من يهم بالكتابة عن هذه الصفحة النقية الجليلة من صفحات الانسانية شعوراً تمتزج فيه الهيبة بالحب وبالإجلال.

وقد طلبت منى جمعية الهداية أن اكتب فى نبى المسلمين والعرب. فوقفت بين الرهبة والواجب، ثم اقدمت على كتابة هذه الكلمة مغتاساً بعض الوقت وسط ما يشغلنى من العمل وقد حددت، قبل أن ابدأ الكتابة، المعانى التى احببت أن اتقدم بها إلى القراء، فجوانب الكتابة عن النبى عليه السلام متضعبة منوعة، تزيخر بالعماني، وتزدعم بالأفكار وهو، منذ صعد إلى الرفيق الأعلى، موضوع شهى للاقلام، ومجال متسع للتعليل والوصف:

اربت أن أضع أمام القاريء مسائل ثلاثا: (أولا) أن النبي عليه السلام هو نبى المسلمين والعرب، وقد المترت هذا المعنى عنوانا للمقال. (وثانياً) أن النبى عليه السلام كان بشراً مثلنا، بل لعل أروع ما في حياته من جلال وعظمة هي تلك المسقمة التي تريه لنا بشرا، يخضع لنواميس البشرية، ويجرى على سننها. (وثالثا) أن هذا الدين الذي لتي به النبى عليه السلام هو دين الارض كما هو دين السماء. بل لعله بالوصف الأول الارب إلى العقل البشرى: وانقذ إلى قلب الانسان.

أما أن النبي عليه السلام هو نبي المسلمين والعرب، فقد أردت بهذا أن اقول أنه لم يبعث إلى العرب وحدهم، بل بعث إلى البشر كافة. ثم هو

 ^(*) مقال في مجلة الذكرى (التي كانت تصدرها جمعية الهداية العراقية) نشر في عددها الصادر سنة ١٩٣٦ بمناسبة العواد النبوي الشريف.

بعد ذلك عربى من صميم بنى عدنان قالنبى ألعربى وقف في حجة الوداع ،
منذ ثلاثة عشر قرنا ، يخطب الأنسانية وهي لاتزال واعية لقوله حتى اليوم
ولا يزال يرن ذلك الصوت الكريم الذي يقول: «الا لاقضل لعربي على
مجمى، ولا لمهمى، على عربى، ولا لأسود على أحمر ولا لاحمر على
أسود ، إلا بتقوى الله . ان لكرمكم عند الله اتقاكم آلا هل بلغت ، نحم،
أسود ، إلا بتقوى الله . ان لكرمكم عند الله اتقاكم آلا هل بلغت ، نحم،
وركان الدولة الفارسية ، تنهار وتنقض ، ويعلو فوق هذه الاطلال بناه
على شامخ يكاد يسامت السماء ، هو بناه الدولة الاسلامية الجديدة ، دولة
لاتعرف الاجناس ولاتعرف الالوان ، فالمجمى والعربي والاحمر والأسود ،
عندها سواء . ولكن هذه الدولة وضع اساسها نبى عربى ، وارتفحت على
اكتاف العرب فللعرب انن أن يتقدموا إلى الانسانية بهذه الصفحة البيضاء ،
فهم أول من قالوا برابطة البشرية ، وهدموا الحدود والحواجز ما بين بني
البشر ، واقاموا اساسا لعصبة أمم حقيقية لم ينجح الغرب في أيجادها
حتى الأن

اما أن النبي عليه السلام كان بشراً مثلنا ، فهذا ما أكده لنا في عبارات
صريحة جازمة ، وهذا ما نقراه في القرآن واضحا لا لبس فيه ولا أيهام .
ومعنى أنه كان أنسانا هو أنه كان يخضع لما تخضع له البشر من سنن
ونواميس . ولو أنك استعرضت سيرة النبي عليه السلام ، لوقفت أمام كثير
من صفحات هذه السيرة النقية الطاهرة ، لا تستطيع تفسيرها إلا على
اساس أنه كان أنسانا يخضع للعواطف البشرية ، وما تزدخر به من حب
وكره ، ورضا وغضب ، وثبات واضطراب ، وقوة ، وضعف ، و أمل وياس ،
واقدام واهجام . وهل ترون منى أيها المسلمون جميعاً ، بل أيها البشر
جميعاً ، لو أن النبي عليه السلام كان ملكا من السماء أكان يقع من نفوسنا
البشرية موقعه ؟ أن عظمة النبي الحقيقية هي في أنه أنسان متنا . يخضع
الما نخضع له من العوامل النفسية وظروف البيئة . ومع ذلك يسمو ، فيتقلب
بقوة نفسه ، وهي نفس بشرية ، على مالا نستطيع نحن أن نتقلب عليه .
ثم احبريل والنبي هذا ملك كريم وهذا نبي عظيم ظو أنبئتهم أن جبريل
خلوا جبريل والنبي هذا ملك كريم وهذا نبي عظيم ظو أنبئتهم أن جبريل
نظر إلى أمرأة جميلة قلم عن نفسه شيئاً ، واعتصم منها أكنتم
نظر إلى أمرأة جميلة قلم عن نفسه شيئاً ، واعتصم منها أكنتم

تندهشون؟ لكنتم ترون في هذا ما يدل على عظمة نفس وقوة ارادة؟ كلا فيبريل ملاك من السماء لا شأن له مع البشر ولكن إذا انبئتم أن النبي عليه السلام نظر إلى أمراة جميلة بعين الرجل فإثرت المراة في نفس الرجل ولكنه اعتصم منها، اما كنتم ترون في هذا دليلا على قوة الارادة وعظمة النبي عليه النفس؟ لماذا نحاول إنن أن نفقي الأوى ناهية في عظمة النبي عليه السلام وهي ناهية المنبية عليه ثوبا من القدسية يكاد يخرجه عن أن يكون انسانا مثلنا، ويكاد يجمله آلة تحركها يد الله، فلا تتحرك إلا أيحر انسانا مثلنا، ويكاد يجمله آلة تحركها يد الله، فلا تتحرك إلا تركن النسان مثاني رجل منا، تركه الله إلى نفسه، بعد أن أيده بروح من عنده، وانزل عليه وهيه، فقام بعمل وأخذ يبني ويشيد، وهو في عمله وفي تشييده ينفذ وحي الله، لكن بجهوده.

بقى أن الاسلام دين الارض كما هو دين السماء . فالاسلام لايبشر بنميم الأخرة وبجنات عدن تجرى من تحتها الأنهار فحسب بل هو يبشر ايضاً بتاج كسرى وايوانه وعرش قيصر وسلطانه بيشر بالارض تدين لسلطان المسلمين . ويستخلف الله فيها من عباده المسالحين . وعد الله الذين آمنوا منكم وعملوا الصالحات . ليستخلفنهم في الأرض كما استخلف الذين من قبلهم . وليمكنن لهم دينهم الذي ارتضى لهم . وليبدلنهم من بعد خوفهم أمناً ، فالمسلم له عين إلى الارض وعين إلى السماء . يعمل لدنياه كانه يعيش ابداً . ويعمل لأخرته كانه يعوت غداً .

والاسلام دين القوة. بقدر ما هو دين العطف والرحمة. مائة تغلب العائمين الفأ. ثم مائة تغلب مائتين. ولا يرضى الله عن المائة التى تغلب المائمين إلا بعد أن يصفها بالضعف. فالمسلم القوى يعدل عشرة. هذه هى القوة المادية. أما القوة المعنوية فقوة العقل وقوة الخلق. فالمسلم يطلب الله منه أن يجيل عقله فيما حوله. وأن يتدبر خلق السماء والارض وأن يتدبر خلق السماء والارض وأن يتدبر خلق نفسه. وأن يؤمن عن تفكير. وأن يجعل العقل المرشد الهادى الذي لايضل الى في خلق السموات والارض. واختلاف الليل والنهار. والفلك التي تجرى في البحر بما ينفع الناس. وما انزل الله من السماء من ماء فاحيا به الأرضى بعد موتها وبث فيها من كل دابة وتصريف الرياح والسحاب المسخر بين السماء والارض. لأيات تقومن يعقلون والمسلم والسحاب المسخر بين السماء والارض. لأيات تقومن يعقلون والمسلم

لا يتم اسلامه حتى يكون قويا في خلقه، والاسلام هو دين «الصابرين والصابدين والقانتين، والمنفقين، والمستففرين بالاسحار « دين «الذين هاجروا في سبيل اقد ثم قتلوا ». دين «الذين لا يشهدون الزور، وإذا مروا باللغو مروا كراما «. دين «عباد الرحمن الذين يمشون على الارض هونا . وإذا خاطبهم الجاهلون قالوا سلاما «. دين «الفقراء الذين احصروا في سبيل الله. لايستطيعون ضربا في الارض يحسبهم الجاهل أغنياء من التعفف، تعرفهم بسيماهم ، لا يسالون الناس الحافا «. اليس الاسلام هو دين الرجولة الحقة » بلى ، وقد بعث النبي ليتم مكارم الأخلاق .(»)

عبد الرازق احمد السنهوري

مغداد

(۱) اى اعجاب السنهورى مشجمية رسولها كين ونطقه سنيرته يظهر هي مواصع كثيرة من مذكراته العنشورة في كتابها معوان عند الوارق السنهوري من خلال اوراقه الشخصية • ويكفى أن نشير إلى أهم هذه المواصع في الكتاب المذكور ويخيل القارىء عليه وهي مايلي

۱ - المذكرة رقم (۷۷) التي كتيت بعديدة ليون في ۱۹۳۳/۳/۳۳ من ۷۱ بعنوان «رد على من تهجم على سيدنا معمد»

٣- المذكرة رقم (۱۹۲۴) التي كتبت بعدينة ساريس عن ١٩٢٣/١١/١٠ صن ١٩٢٣/١١/١٠ التي ١٩٢٣ بعنوان «دراسة السيرة النبوية»

٣-١ المذكرة رقع (۲۷۱) التي كتبت بعدينة القاهرة عن ١٩٤٢/٧/١٧ من ٢٠٦ من بعدوان ١٧٤٠/٧/١٨

 أ - العدكرة رقم (۳۰۰) التي كتبت بعدينة نمشق مي ۱۹٤٤/۲/۵ من ۲۳۲ بعدوان دامله في ان يكتب سيرة المصطفى،

المدكرة رقم (۳۱۷) التي كتبت بعدينة دمشق مي ۱۹٤٤/٤/٤ من ۲۳۸ بعثوان وخمسة كتب بدعو الله ان بمكنه تاليفها و

١٩٤٧/٦/١٥ من ٢٥٦٣) التي كتبت بعدينة القاعرة في ١٩٤٧/٦/١٥ من ٣٥٣.
 بعنوان ١ انسانية الرسول ﷺ ،

۷ ـ المذكرة رقم (۳۸۸) التي كتبت بمديمتهالقاهرة مي ۱۹۰۵/۰/۱۰ من ۲۸۳ در ماده

ويظهر من هذه العدكرات انه كان يأمل في ان بتمكن من كتامة سيرةالرسول على ويظهر من هذه العدكرات المذكرة وخاصة العنكرة رقم (٣٠٠) التي كتبها في دمشق عي ١٩٤٤/٢/٥ وكذك العدكرة رقم (٣٠٧) التي كتبها عي نفس العام في دمشق ايضا بتاريح ١٩٤٤/٤/٤ وفي كلا العذكرتين يطن عن نيته في ان يكتب سيرة النبي محمد تلكي .

وجوب تنقيح القانون المدنى المصرى وعلى اى اساس يكون هذا التنقيح

بمناسبة العيد الخمسينى للمحاكم الأهلية

لحضوة الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري استاذ القانون المدنى بكلية الحقوق

مقدمة

المدرسة التاريخية والتقنين: ليس القانون مما يمكن حصره في دفتي كتاب، أو في مجموعة من النصوص. وهذه حقيقة مفروغ منها، ولا يمكن أن يتطرق إليها شك في المرحلة التي وصلنا إليها من البحث العلمي. والفضل في تقرير ذلك يرجع للمدرسة التاريخية، وعلى راسها الفقيه سافيني (Savigny). فقد نجحت هذه المدرسة في أثبات أن القانون كائن حي، ينمو ويتطور في البيئة التي نشأ فيها، وهو أكثر مرونة من أن يعيش في نصوص جامدة، ما دامت الحياة في تطور مستمر.

على أن صوغ القانون في نصوص مرتبة ، ووضع هذه النصوص في مجموعة مبوبة ، وهذا ما نسميه بالتقنين (codification) ، إذا كان لا ينسجم انسجاما تاما مع هذه المقيقة ، فإنه لا يصطدم معها ، فالقانون ، وهو يتدرج في مراحل تطوره ، يكون في حاجة إلى أن يسجل ، في وقت ما ، على الصورة التي وصل إليها في ذلك الوقت ، على الا تكون هذه الصورة نهائية ، فليس للقانون نهاية ، إلا إذا قيل أن العالم إذا وصل في تقدمه إلى مرحلة معينة ، بلغ الغاية ، إلا إذا قيل أن العالم إذا وصل في تقدمه

وإذا كان سافيني قد شن الفارة على التقنين ، ونادى بافلاسه ، فإن الأيام قد اظهرت أنه لم يكن على حق في هذه الحملة . فالفائدة العملية للتقنين لا يمكن انكارها ، كما تشهد بذلك تجارب الأمم ذات التشريعات المقننة .

وقد ظهر أن جمع القانون يساعد كثيرا على تقريبه للجمهور ، وتمهيد سبله لمن شاء أن يعرفه ، ومعرفة القانون ضرورية في كثير من الأحيان . ولانقول أن هذا الجمع من شأنه أن يحصر القانون في حيز محدود العمالم ، كما زعم بنتام وأوستن ، فإن القانون مهما كان جمعه متقنا ، لا يلبث أن يكسر هذه القيود ، التي أريد على أن ينكس فيها ، فينمو إلى جانب القانون المكتوب ، قانون غير مكتوب ، هو من عمل القضاء والفقه ، قد يصل مع الزمن إلى أن يكون له المكان الأول من الخطر والاعتبار ، ولا يكون القانون المكتوب بجانبه الاصورة ناقمة أو غامضة للقانون المكتوب بجانبه الاصورة ناقمة أو غامضة للقانون المكتوب بجانبه الاصورة ناقمة أو غامضة القانون المكتوب بجانبه الاصورة ناقمة أو غامضة القانون

مشى يكون التقنين ضروريا: هذه نهاية لامناص من الوصول إليها . ولكن نلك لا يعنى أن تقنين القوانين عبت لافائدة فيه ، فإن هذا التقنين مفيد ، بل هو ضروري في بعض الأحيال وإذا كان بعض دعاة المقنين قد خابت أمالهم ، ولم يتعقق ما تنباوا به ، فذلك لا يرجع لعيب في فكرة التقنين ذاتها ، بل لأن هؤلاء الدعاة فهموا مهمة التقنين على أنها حصر للقانون ، وبالفوا في التفاؤل ، حتى توهموا أن هذا الحصر مكن .

اما المعتدلون فقد علموا أن للتقنين مهمة غير هذا المصر، فهو قد يكون ضروريا إذا أريد توحيد القانون في بلد تعددت فيه القوانين، كما كان الأمر في فرنسا قبل صدور قانون نابليون في أول القرن التاسع عشر، وكما كان الأمر في المانيا قبل صدور القانون الأماني في أول القررن وكما هو الأمر في مصر حتى الأن بالنسبة لقوانين الأحوال الشخصية.

ويكون التقنين ضروريا كذلك إذا أريد انخال قانون اجنبي في بلد يحسب أنه في حاجة في هذا الإصلاح، كما تم الأمر في مصر عندما أنخل فيها القانون الفرنسي، أو في تركيا عنبما تطلعت في الغرب في تشريعها فانخلت القانون السويسري برمته في بلادها. متى يكون التقنين مفيداً: والتقنين بعد ذلك مفيد من نواح مختلفة. فهو يساعد عامة الناس بل وخاصتهم على تعرف الأحكام القانونية كما ذكرنا، ويعين على انارة الطريق الذي يجب أن يسلكه القانون في مراهل تقدمه، إذ هو بتسجيله المرحلة التي وصل إليهاالتشريع وقت التقنين يكون قد رسم له بذلك خطة المسير في مراحله المستقبلة، فيسير على هدى الماضي متصل الحلقات.

والتقنين يساعد كذلك على تقريب قوانين الأمم المتباينة بعضها من البعض الآخر، وهو اكبر معين على دراسة القانون المقارن، والأداة التي يتم بها توحيد القانون في الأمة الواحدة وبين الأمم المختلفة.

تنقيح التقنين: على أن للتقنين أضرارا، وأهم ضرر نشير إليه هو أن القانون المجمع لا يلبث مع الزمن أن يصير قديما ، لا يعبر بأمانة عن القانون الذي تطبقه المحاكم، كما سبقت الاشارة إلى ذلك. ولا علاج لهذا النقص إلا بالتنقيم. ومن قال بفائدة التقنين فقد قال بضرورة التنقيم. ومن العوامل التي تجعل التعجيل بالتنقيع أمرا ضروريا سوء وضع التقنين في مبدأ الأمر ، وعدم العناية بصوغه . وتظهر عيوب الثقنين عند التطبيق، فمتى أظهرت التجارب أنه لم يعد منالما: وجب تنقيمه تنقيما عاما شاملا ولايمكن الاعتماد على القضاء في ذلك. فإن القضاء إذا استطاع ، بالتطبيق الحكيم لنصوص القانون ، أن يصلح فيه عيوبا جزئية ، وأن يعالج النقص في بعض نواحيه، فهو لا يستطيع أن يجعل هذا الاصلاح عاما شاملاً لجميع النواحي، وإلاخرج عن مهمته إلى مهمة التشريع، وهي مهمة لايصلح لها، إذ هو بطبيعة عمله لايضع حلولا عامة، بل ينظر في اقضية خاصة، ويعطى لكل قضية حلا ذاتيا عادلا. على أنه إذا فرض أن القضاء قام بمهمة التنقيح الشامل ، فإن مزية التقنين تضيع، لأن المقصود بالتقنين هو أن يجمع أحكام القانون كتاب واحد، يسهل الرجوع إليه، فإذا قام القضاء بتنقيم التقنين في الأحكام التي يصدرها، وهي متناثرة متفرقة، اصبح القانون الذي تطبقه المجاكم، وهو القانون الذي يعتد به، مخالفا لنصوص الثقنين المجموعة، فيكون القانون الحقيقي غير مقنن ولامجموع. ويجب إذن أن نعيد جمعه من جديد، وهذا هو التنقيح الشامل الذي نقول بضرورته. ثم ان هناك عاملاوأخر يشجع على التنقيح الشامل، نراه في سوعة تقدم القانون المقارن، إذ هو يضعو خطوات سريعة، ويمال إلى نتائج لم تكن معروفة من قبل، ويساعد على ذلك أن أكثر الأمم قد قامت بتقنين قوانينها، فسهلت المقارنة بين قانون وآخر، وظهرت من هذهالمقارضة عيوب ومزايا كل قانون، وأصبح المشرع في بلد لا يقدم على تشريع قبل لن يراجع مثيله في البلاد الأخرى،

تنقيح القانون المدنى الفرنسي ومناقشة ذلك بمناسبة العيد المثيني لهذا القانون: وقد ناقش الفقهاء الفرنسيون، بمناسبة المئيني للقانون المدنى الفرنسي، وجوب تنقيح هذا القانون، بعد أن كان قد مضى قرن على وضعه، واظهرت التجارب عيوبه ومزاياه، فانقسموا في هذا الأمر إلى فريقين، فريق يرى وجوب التنقيح، وفريق لا يرى ذلك(ا).

فأما الفريق الأول فيدلل على صحة رايه بأن القانون المدنى الذي وضع في سنة ٢٠٨٤ أصبح الآن لايتفق مع القانون الذي تطبقه المحاكم، وما النصوص التي نقرأها في قانون نابليون إلا هيكل عظمى مجرد من الحياة، إذا قيس إلى القانون الحي الذي يعمل به.

فهناك أجزاه من قانون نابليون قد شمرت وماتت لأنها اصبحت غير مسالمة للمياة، وهناك اخطاء قانونية كثيرة يجب تصحيحها. وقد تطورت الحياة الاجتماعية والاقتصادية عما كانت عليه في اول القرن الناسع عشر تطورا جعل الهرة سحيقة بين الماضي والحاضر، وأصبح ما كان يصلح قانوناً لجيل زراعي غير صالح لبيئة تجارية وصناعية، تكسست فيها رؤوس الأموال، وتقدمت الصناعات الكبيرة، وقامت الآلات الضخمة، واستفلت قوات طبيعية لم تكن معروفة من قبل، وترتب على ذلك ان كثرت القوانين التي عدلت من القانون المدني المتيق، فأصبح برزح تحت ثقل هذه القوانين التي جدت، وكادت تختفي معالمه، بعد أن غطته سيول من مبادئ، جديدة، يأخذ بها القضاء والتشريع كل يوم، ليساير الزمن، ويتشي مع تطور الحضارة، حتى جاز لنا أن نتسامل، هل يوجد حقا

 ⁽۱) رابع آراء كل فريق في كتاب العيد المئيني للقانون المدنى الفرنسي جزء ٢
 ص ١٠٠٩ ـ ص ٩٨٦

في فرنسا تقنين مجمع ، أم أن جزءاً كبيراً من القانون الفرنسي قد عاد إلى الحالة التي كان عليها قبل عهد التقنين · قانون غير مكتوب نتلمس أحكامه في القضاء والعادات وفي تشريعات متفرقة متناثرة لا تناسق فيها و لا أحكام .

ويجيب الفريق الثاني بأن لاحاجة لتنقيم التقنين، لأن هذا التنقيم بتم كل بوم، ويقوم به التشريع والقضاء والفقه، وكثير من الأحكام التي بقال أن هذاك حاجة إلى تعديلها يمكن أن تعدل، لا من طريق التشريم، بل من طريق القضاء والفقه. وإذا بقيت بعض مسائل تحتاج إلى تدخل المشرع، فهي مسائل قليلة العدد، يمكن معالجتها بتشريع جزئي، فلا حاجة إذن للتنقيح الشامل، بل هو ضار من وجوه، فهو إذا عهد به إلى الهيئات التشريعية المعتادة ، فإن هذه الهيئات غير قادرة على أن تقوم بعمل فنى، ويرجع ذلك لطبيعة تكوينها، ولما لها من صبغة سياسية، تجعل عملها ناقصا من الناحية العلمية ثم أن التنقيح إذا أريد به أن يدخل في التشريع عنصر التجديد ، حتى يتمشى مع أحدث النظريات الفقهية ، كان في هذا كل الخطر ، فإن الفقه في تطور مستمر ، ولا يجوز للمشرع أن يتخذ موقفا معينا بالنسبة للنظريات الفقهية، فالفقه لايلبث أن يأخذ بالرأى حتى يبدو فساده ، ويهجره إلى رأى أخر ، فهل يغير المشرع مع الفقه كل يوم ليوسا ؛ الأولى الابتعرض العشرع إلا للحلول العملية ، دون أن يتخذ لنفسه مذهبا فقهيا معينا ، بل يترك الفقه حرا في صوخ نظرياته ومذاهبه -والتنقيح بعد كل ذلك يجعلنا أمام قانون جديد ، يجب تمهيد سبله ، وتفسير نصوصه ، حتى يصبح معبدا سهل المأخذ ، وقد استغرق هذا العمل بالنسبة لقانون سنة ١٨٠٤ ما يزيد على خمسين عاماً ، فهل نبقى عقب كل تنقيح هذه الفترة الطويلة في عمل تمهيدي ، حتى إذا ما انتهينا منه وجدنا أن القانون قد قدم، و أنه في حاجة إلى تنقيم أخر ، فنراجعه وننتقل إلى عمل تمهيدي أخر، وهكذا لانفتأ في تنقيح مستمر، وفي أعمال تمهيدية لا تقرغ عفاين الاستقرار والثبات في كل ذلك ، وهما من اخص ما يمين القانون المنالج للبقاء . يجب أن يستقر التقنين دهورا طويلة ، ولا يمكن عرضه للتقلقل والتزعزع، وإلافقد أهم مزية له، وإذا كان قد مضى على قانون نابليون قرن من الزمن، فإنه لا يزال في شرخ الشباب، ولا يزال امامه قرون طوال يعيشها قبل أن يكون في حاجة إلى تنقيح شامل، ولقد عاش الرومان دهوراً طويلة في ظل قانون الأقواح الإثنى عشر، فلم ينقحوها منذ وجدت، ولم يمنعهم هذا من أن يرقوا بقانونهم رقيا كان للفقه وللقضاء فيه الأثر الأكبر. فالقانون كاللباس، لا يتشكل على الجسم ولا يتلاءم معه إلا يطول الاستعمال. وإذا كان الفرنسيون يحتفلون بمرور مائة عام على قانونهم المدنى، فلأنه لا يزال قانونا فتيا، ولا يجوز يوم الاحتفال به أن يقام مائمه. وإذا كانت بعض اجزاء القانون تحتاج إلى تعديل حتى تماشى الزمن، فلا باس من إجراء هذا التعديل الجزئي، ولكن لا ينبغي أن يهدم البناء كله لادخال بعض تغييرات ثانوية في ترتيب هذا التعديل الجزئي مرتيب هذا التعديل الجزئي، ولكن النباء

وإدا كان لنا أن نوازن بين حجج الفريقين، فنحن نميل إلى الجانب الأول. وبرى أن القانون المدنى الفرنسى في حاجة إلى تنقيح شامل ، وهو اشد حاجة إلى هذا التنقيح في الوقت الحاصر ، حيث غيرت الحرب الكبرى كثيرا من النظم الاقتصادية والاجتماعية ، وأصبح الفرق محسوسا بين حضارة سنة ١٩٠٤ وحصارة اليوم فهى لا تهمنا إلا بالقدر الذي يصلها بمسائتنا نحن ، فإذا شت أن القانون الفرنسى ذاته في حاجة إلى تنقيح شامل ، كان القانون المصرى ، وهو صورة منه تكاد تكون مشوهة ، اشد حاجة إلى ذلك

وان من يتمعن في حجج خصوم التنقيع يجدها تتلخص هيما باتى (١) لا حاحة إلى التنقيع مادام الفقه والقصاء يقومان به كل يوم، ويكفى تعديل معض بواحي القابون تعديلا حزئيا بتشريعات خاصة (٢) ليس من الصواب أن يكون التشريع ظلا للنظريات العقهية المتغيرة، الأولى الا يحوى إلا القواعد العملية (٢) التنقيع الشامل لابد من أن يقره البرلمان . والبرلمان ليس ألة صالحة للتشريع المدنى (٤) إذا تم التنقيع فلا بد من مضى وقت طويل حتى يوطأ سبيل القانون الجديد .

والمتأمل في هذه الحجج لايجدها مقنعة، واكثرها في الواقع ينصب، لا على تنقيع التقنين، بل على مكرة التقنين داتها وقديما كان للتقدين خصوم اعترضوا عليه بمثل هذه الحجج، ولكن التجارب اثبتت مسادها، فعتى سلمنا مأن التقنين مفيد، كان لابد لتمام فائدته من أن ينقح من وقت لأخر ، وإلاضاعت مريبه هجيرى ، وهى أن يكون صورة صعيعة للقانون الذي يطبق في العمل .

وقد بين أنصار التنقيح أن الاكتفاء بتعديل جزئي في بعض نواعي التقنين يجعل القانون متناقض الأجزاء ، متنافر التركيب . كما أن ترك أمر التنقيم للفقه والقضاء من شأنه أن يفقد التقنين مزيته ، إن تصبح القواعد القانونية غير ثابتة والمستقرة، ولا يستطيع احد أن يعرف ماذا يقضى به القضاء غدا، وهل يبقى على قضاء اليوم، أم يعدل عنه، وتغير القضاء فيه خطر كبير على استقرار المعاملات، لأن له أثرا رجعيا ليس للتشريع. أما الخوف من ادخال نظريات جديدة عند التنقيم، فخوف مبالغ فيه، إذ يجب عند التنقيح الا يدخل في القانون إلا ما استقر وثبت من الأحكام. أما النظريات الاجتماعية والاقتصادية التي لا تزال محلا للنزاع، فلا يجوز إتخاذ موقف معين بالنسبة لها عند التنقيم، بل يجب تركها يضطرد تطورها ، وتتمحص الآراء فيها . أما أن البرلمان آلة غير صالحة للتشريع المدنى، فمن السهل الأحابة على هذا الاعتراض بأن الأحراءات البرلمانية المعتادة يمكن أن يدخل فيها شيء من التعديل يجعلها تتفق مع طبيعة التشريم المدنى عند نظر هذا التشريم. كذلك الاعتراض بأن التنقيم يجب أن يعقبه تنقيمات أخرى وأعمال تمهيدية جديدة متكررة إنما هو اعتراض على التقنين في ذاته لا على تنقيح التقنين.

مراجعة القانون المدنى المصرى: على انه مهما يكن من شك في حاجة القانون الفرنسى إلى التنقيح ، فلا شك في حاجة القانون المصرى إلى ذلك لاعتبارات خاصة به . وهذا ما نتولى الأن بحثه ، فنيين أولا ما الذي يدعونا إلى القول بوجوب تنقيح قانوننا المدنى ، ثم نبسط بعد ذلك راينا في الأساس الذي يجب أن يبنى عليه هذا التنقيح .

وجوب مراجعة القانون المدنى المصرى

الأراء المختلفة في هذا الموضوع

ناقش هذه المسالة الخطيرة فريق من كبار المشتغلين بالقانون السمصرى الأجسانب، منهم الأساتسنة بيسولا كازيللسي(١) ومسينا(١)ووالتون(١) ويوابيه(١)، فكان الأولان من خصوم التنقيح والأخيران من انصاره،

ويعزز الأستاذ ببولا كازيللي، وهو من خصوم التنقيح، رأيه بالعجج الأتية

۱ _ إذا أردنا أن نستند، في تنقيح القانون المدنى المصرى، الى التشريعات الأوروبية التي قننت قبل الحرب، فهى قوانين قد صيرتها المرب قديمة عتيقة، وإذا أردنا الاستناد الى القوانين الناشئة بعد الحرب، فهى قوانين لم يطل بها المهد حتى تستقر، ولم يمض عليها وقت كافحمني نجزم بصلاحيتها (ونلاحظ هنا أن الأستاذ بيولا كازيللي كان يبدى هذا الرأي في سنتي ١٩٩٩ و ١٩٩١).

٢ ـ ليست عبوب القانون المدنى المصرى بالقدر الذي تصوره النقاد
 عادة، بل أن فيه من المزايا ما يجعله متقدما على القانون الفرنسي نفسه
 في بعض النواحي.

ليس التنقيع بالأمر السهل، وقد أحجم عنه المشرع الفرنسي نفسه، مع أن تقنيفه أقدم. من التقنين المصرى، وتزيد الصعوبة أمام المشرع المصرى، إذا لاحظنا ما يجب عليه من مراعاة حالة مصر الخاصة، والتوفيق بين التشريعات الأوروبية والعادات والتقاليد المصرية، مع الهساح جانب للشريعة الاسلامية إذ هي شريعة البلاد الأصلية، وقد صار

⁽¹⁾ PIOLA CASELLA L'Egypte Contemporaine 1919, No. 42; 1921 No. 57.

⁽²⁾ MESSINA L'Egypte contemporume 1920 no. 59

⁽³⁾ WALTON L'Egypte Contemporaine 1916 No. 26 (voir aussi la note présenée par M. Walton à la Commission des capitulations en 1920).

⁽⁴⁾ BOYÉ. L'Egypte Contemporaine 1930, XXII (p.p. 27-29).

لها بين المصربين من الجيل الجديد دعاة أكثر تحمسا وأشد ثباتا واقوى حجة.

٤. إذا فتح الباب لتنقيح القانون المصرى فلا بد من دخول القانون من دخول القانون، وهو فردى من دغا القانون، وهو فردى من دغا القانون، وهو فردى النزعة، يعطى القاضى أوسع الحرية، ومبادىء ألقوانين اللاتينية التي هي اكثر اتفاقا مع عقلية الأمة المصرية وتكوين القضاة المصريين واستعدادهم.

ويضيف الأستاذ مسينا حجة اخرى، فهو يرى أن تنقيح القوانين اليه في الوقت الحاضر سابق لأوانه. إذ يجب أن نمهد لها بدراسة ه لقوانين دراسة مستقلة في ضوء القضاء المصرى حتى نصل بذلك إلى تعصيرها.

اما الأستاذ والتون فهو من دعاة التنقيع الشامل، وحجته في ذلك أن هذا التنقيع التشريعي أفضل بكثير من ترك الأمر للقضاء، فتفسير القضاء غير ثابت ولا مستقر، هذا إلى أن التنقيع يمكننا من الاستفادة من التشريعات الحديثة التي جدت بعد وضع القوانين المصرية.

وينصبح الأستاذ بواييه باتخاذ المشروع الفرنسى الايطالي تشريعا عصريا يعدل التقنين في باب الالتزامات والعقود، حتى يمهد بذلك سبيل توحيد القانون بين الأمم المتاخمة للبحر الأبيض المتوسط.

ونحن لا نرى في حجج خصوم التنقيع ما يقنع، فقد مضى على الحرب الكبرى خمسة عشر عاما استطاع العالم في غضونها أن يتبين أثر هذه الحرب في النظم القانونية. كما أن صعوبة التنقيع لا تصلح حجة للعدول عنه، وإلا امتنع القيام بهذا العمل في أي وقت رغما من ظهور الحاجة إليه، وترك الأمر للمحاكم المصرية، تصلح من عبوب التشريع، وتستعين في ذلك بقواعد العدالة، معناه أننا قد فقدنا مزية التقنين، وعلينا أن نتلمس قانوننا في قضاء المحاكم.

وإذا كان خصوم التنقيع وانصاره من الأجانب متاثرين باعتبارات مختلفة، فنحن نحب أن يكون لمصر صوتها في هذا الشأن الخطير، ونعتقد أننا نعبر بأمانة عن راي المصريين المشتفلين بالقانون، إذا قلنا ان التقنين المبنى المصرى في اشد الحاجة إلى تنقيع شامل جامع^(۱)، ولكن لا على اساس النقل الحرفي من القوانين الأوروبية، بل على اساس أخر، نبينه بعد ان نبسط الأسباب التي تدعونا إلى القول بوجوب التنقيع.

الإسباب التي تدعو لمراجعة القانون المدنى المصرى: أما هذه الأسباب فترجعها إلى أمرين: (أولا) كان التقنين المدنى المصري في وضعه مبورة مسوخة من التقنين الفرنسي، تسرع واضعه في صياغته، ولم يكن عنده من الوقت ولا من الاستعداد مايكفي للقيام بعمل متقن. وهو بعد لا يشمل كل أجزاء القانون المدنى، إذ ينقصه نحو النصف، وهو القسم الخاص بالأحوال الشخصية . وقد تعدد تعددا معييا ، فهناك تقنين يطبق على المصريين وحدهم، وتقنين أخر، يختلف بعض الاختلاف عن الأول، يطبق على المصربين والأجانب. (ثانيا) لا شك في أن تقدم علم القانون المقارن، والتشريعات المديثة التي جدت منذ صدور القوانين المصرية ، يفيد كثيرا في مراجعة التقنين المدنى المصرى . فكما نستطيع أن نستفيد من الشريعة الاسلامية، وهي شريعة البلاد الأصلية، ومن تجاربنا الخاصة التي نتلمسها في قضائنًا ، بمكننا أبضا أن نستنبر عضوم تجارب الأمم الأخرى . ولاشك في أن رقى تشريعات هذه الأمم ، وتقدمها على التقنين الفرنسي تقدما محسوسا ، من الأسباب القوية التي تدعونا إلى تنقيم تقنينا ، حتى ندخل فيه ما استعدث من النظم القانونية مما نراه صالحا لنا، فنعشى بذلك مع التطورات العديثة في علم القانون.

⁽١) يسونا أن نسجل هنا تصريحا لوزير المقانية، تضمنته الفطبة التى القاها في عيد الاحتفال القصميني بالمحاكم الأهلية، فقد جاء فيها ما يأتى الما من حيث التشريع ، فان القوانين التي وضعت عند انشاء المحاكم الأهلية قد نالها الكلاير من التعديل والتهذيب ، لتكون ملائمة لحالة البلاد وتطورها ، وهناك نية في مراجعتها كلها وتعديل ما يجب تعديله منها ، حتى تضارح المسل القوانين في البلاد المتعدينة ، وستؤلف أجهنة غصيصا لهذا الفرض من رجال خبيرين أكلهاء ؛ (انظر ص ٧ من الكتاب الذي تضمن الفطب التي القيت في هذا الاستقال).

وها نحن نتبسط في تقصيل كل من هذين الأمرين.

أولا: عيوب التقنين المبنى المصرى كيف وضعت التقنينات المصرية: لمحة تاريخية

غموض هذا التاريخ: لايزال تاريخ وضع التقنينات الأهلية غامضا، ويرجع نلك إلى أن واضعى هذه التقنينات لم يحرصوا على ترك اعمال تحضيرية للأجيال المقبلة، يتبينون منها كيف وضعت.

كيف وضعت التقنينات المختلطة: وقد صبغت التقنينات الأهلية على مثال التقنينات المختلطة ، و هي في أكثر أحزائها مجرد نقل عن هذه ، وان كانت توجد بعض الفروق بينهما . على أن التقنينات المختلطة نفسها ليست لها أعمال تحضيرية، وقد وضعها محام فرنسي، اسمه الأستاذ مانوري (Manours)، كان مقيما في الاسكندرية، واتخذه نوبار سكرتيرا له، ثم عينه بعد ذلك سكرتيرا للجنة الدولية التي كانت تدرس مشروع انشاء المحاكم المختلطة بمصر . وتاريخ انشاء هذه المحاكم معروف، وهو مدون في كثير من الكتب. والذي يستخلص من هذا التاريخ أن مجهود نوبار كان موجها إلى الانتفاق مع الدول ذوات الامتيازات على لائحة ترتيب المحاكم المختلطة، وتجديد اختصاص هذه المحاكم. أما القوانين التي تطبق فلم تنل أبة عناية من جانب الطرفين المتفاوضين ، وقد اكتفيا بتقرير وجوب استمداد هذه القوانين من التقنينات الفرنسية، إذ كانت أكثر القوائين شبوعا في ذلك العهد، وكانت الجالية الأجنبية في مصرى والربعة الضاسها من اليو تانيين والفرنسيين والإيطاليين، تؤثرها على غيرها من القوانين . هذا إلى أن المشرع المصرى والمشرع العثماني كانا قد نقلا عن هذه التقنينات في عهود سابقة، لا سيما القانون التحاري، وصار من المألوف إلى حد كبير أن نطبق القوانين الفرنسية قي مصبر ،

من اين اخذت هذه التقنينات: وقد نقل واضع التقنينات المختلطة نصوصه من القوانين الفرنسية للأسباب المتقدمة بعد ان اختصرها اختصارا مخلا في كثير من المواضع، ونقل في بعض المسائل عن القضاء الفرنسي، واقتبس بعض الأحكام من الشريعة الاسلامية، واخذ عن التقنين الايطالي الذي صدر في سنة ١٨٦٦ بعض النصوص. ترجمتها إلى اللغة العربية. وكافت الحكومة المصرية لجنة مشكلة من بعض كبار المترجمين وبعض علماء الأزهر (نذكر من بينهم محمد قدرى باشا وحسين فخرى باشا وبطرس غالى باشا) بترجمة التقنينات المختلطة إلى اللغة العربية، وكانت التقنينات الفرنسية قد ترجمت قبل ذلك(!).

فوضى القضاء فى ذلك العصو ولما استقر الأمر بالمحاكم المختلطة وبقوانينها ، تطلعت الحكومة المصرية فى ذلك العهد إلى انقاذ البلاد من الفوصى التى كانت سائدة فى القضاء المصرى ، وقد كتب الكثير عن هذه المجالس التى كانت تلى امور القضاء إلى جانب المحاكم الشرعية ، قبل انشاء المجاكم الأهلية ، وكيف كان العدل فيها ضائعا ، والفوضى مستحكمة وكانت القوانين التى تطبق مى هذه المجالس هى القوانين المعمول بها فى الدولة العثمانية مع اعتبار العادات المجلية فى البلاد ، كما كان يطبق القانون التجارى العثماني الماخوذ من القانون الفرنسي

لجنة تحضير المحاكم الأهلية . ولا شك مى أن العصر الذى نتكلم عنه يعتبر بحق عصر «الاصلاح القضائي» في مصر ، فقد كان الجو مشيعا بفكرة هذا الاصلاح ، وكان هم الحكومة المصرية هو أن تنفذ الخطط التي وضعتها لذلك ، فتألفت في أواخر سنة ١٨٨٠ لجنة لوضع لائحة لمحاكم نظامية تقوم بالقضاء بين المصريين ، كما تقوم المحاكم المختلطة بالقضاء بين العصريين والأجانب ، وكان بين اعضاء هذه اللجنة عاشر بالقضاء بين العمومي لدى المحاكم المختلطة في ذلك الوقت، ومريوندو (سمحمد الله الله الله وصع القانون المدنى ، وكان محاميا ايطاليا ، عين فاضيا بمحكمة الاسكندرية المختلطة في سنة محاميا ايطاليا ، عين فاضيا بمحكمة الاسكندرية المختلطة في سنة ومومي العاليا ، وسنم يتقلب في الوظائف القضائية حتى وصل إلى منصب وكيل

⁽۱) عترجم القانون العدنى العرنسى رفاعة بك رامع وعبد الله يك واحمد المدى ملمى وعبد السلام المندى المعد وترجم قانون المرافعات ابو السعود المندى وحسن المندى فهمى وترحم قانون العقوبات فدرى باشا وترحم قانون تمقيق الجناياتُ صالح مجدى بك وجمعت هذه التراجم وطبعت بالعطيعة الأميرية عن سنة ١٣٨٣ عجرية على سنة

محكمة الاستئناف المختلطة، وتوفى سنة (۱۹۱۱)، ولو (سع) من قضاة المحاكم المختلطة في ذلك الوقت، وبطرس غالي(۱) وقد كان إذ ذاك وكيلا للحقانية في ذلك المهد، وقد للحقانية في ذلك المهد، وقد اشترك مع اللجنة في عملها، وتقييت اللجنة بتقنينات المحاكم المختلطة، إلى حد أنها كادت تنقلها بحروفها، على أنها النخلت بعض تعديلات جزئية التضنها الظروف وقتئذ، وقد كلف فاشير بوضع قانون المقوبات وقانون تحقيق الجنايات، وكلف موريوندو بوضع القانون المدنى وقانون تحقيق المرافعات، واشترك قدرى باشا في وضع القانون المدنى وقانون تحقيق الجنايات، وكلف عرضع القانون المدنى وقانون تحقيق الجنايات والقانون المدنى وقانون تحقيق الجنايات والقانون التجارى.

لائحة سنة ۱۸۸۱: واتجهت عناية اللجنة بنوع خاص إلى وضع لائحة لترتيب المحاكم الجديدة، وقد صدرت هذه اللائحة بالفعل في ۱۷ نوفمبر سنة ۱۸۸۱، وعين على اثر صدورها النائب العمومي لدى هذه المحاكم الجديدة (اسماعيل يسرى باشا) وبعض رؤساء واعضاء النيابة الأملية.

المثورة العرابية: ومن نلك نرى أن انشاء المحاكم الأهلية نبتت قبل دخول الانجليز في مصر ، وقام رجال ذلك العهد بتنفيذها فعلا ، ووصلوا في ذلك إلى حد تعيين أعضاء النيابة . ولو أن الثورة العرابية أمهلتهم لأكملوا تنفيذها .

لائحة سنة ١٨٨٣: ولكن هذه الثورة مالبثت أن هدأت، فرجعت الحكومة المصرية إلى المضى في عملها، وكان ناظر الحقائية حينئذ هو حسين فخرى باشا وناظر النظار هو محمد شريف باشا، وكانا متقائلين كل التفاؤل بالنتائج التي تجني من وراء انشاء هذه دالمحاكم المستجدة،،

⁽۱) وقد استرشدت اللجنة بأراه الشيخ البحراوي مفتى نظارة الحقائية في نلك العبد في المستائل التي يرجع فيها إلى احكام الشريعة الاسلامية (انظر منكرات الأستاذ صداق فهمي بك في تاريخ القانون العدني المصري صد ۲۸۱ ـ ۲۸۱ ـ وقد نقل هذه الوقائح من مديث له مع صاحب الدولة بوسف وهبه باشا الذي كان سكرتيرا انظارة الحقائية في نلك العهد ، ومع صاحب السعادة معمد صدقي باشا الذي كان موظفا بقلم الحقائية في نلك السقانية).

إلى حد انهما كانا ينلنان أن هذه المحاكم لاتلبث أن تغنى عن المحاكم المختلطة بعد بضعة من الشهور(١) . وفي ١٤ يونيه سنة ١٨٨٣ صدرت لائمة أغرى لترتيب المجاكم الأملية غير اللائحة التي مندرت في ١٧ نوفمبر سنة ١٨٨١ ، وهي لاتشير إلى اللائمة الأولى ، ولا يفهم منها أنها جاءت بعد لاثمة سابقة (إلا في النص الفرنسي، وفي العنوان فقط، حيث ٢ استعملت كلمة «مسهوم» ومعناها إعادة التنظيم)، لذلك كان أمر صدور اللائمة الأولى الذي بثبت أن المحاكم الأهلية قد أنشئت قانونا قبل بخول الانكليز في مصر ، غير معروف معرفة كافية في الأوساط القانونية في ممين وتختلف اللائمة الثانية ، وهي المعمول بها حتى اليوم ، عن اللائمة الأولى في معض مسائل، اهمها إن اللائحة الأولى كانت تنص على إنشاء. محكمة تمييز (محكمة النقض والابرام) لم تنص عليها اللائحة الثانية، ومنها أن السودان كان داغلا في الاختصاص القضائي للمحاكم الأهلية بموجب اللائمة الأولى دون الثانية (إذ لم تكن ثورة المهدى قد شبت في السودان)، ومنها أن ترتيب المحاكم كان يختلف بعض الاختلاف في لائحة عما هو في الأشرى، ومنها أن لائمة سنة ١٨٨١ كانت تنص على إنشاء محاكم إدارية تنظر في قضايا المكرمة وقد جاء لائجة سنة ١٨٨٣ خلوا من ذلك.

التقفيفات الستة الأهلية: ثم صدرت بعد ذلك التقنينات الستة التي حضرت في العهد الأول (في سنة ١٨٨١)، وكان صدورها سريها، عند ما احس شريف باشا أنه معتزل الحكم لرفضه التخلي عن السودان، وأن الانجليز لا ينظرون بعين الرضاء إلى مجاكم أعلية تنشأ على النظام

⁽١) وهذا نصر الحدیث اذی دار بین فضری باشا وشریف باشا فی هذا الصدد عند انعقاد مجلس النظار فی او اخر سنة ۱۸۸۲ فخری باشا ولی امل بانه مع اعتدال محاکمنا الأطبية اثن تنشأ علی النظام الجدید، وقیامها بحق واجباتها، بموجب ذات القوانین المتبعة فی المحاکم المختلطة، پتیسر للحکومة الاستفناء عن المحاکم المختلطة ببرهان عدم الماجة الیها و شریف باشا و بلزمنا تشکیل محاکمنا الأعلیة وانتظامها، بعیث مع سیرها المنتظم، یمکن الاستمناه عن المحاکم المختلطة بعد ثلاثة ان اربعة اشهر، اولی من بقائها علی الدوام، ودوام العار علینا بوجود محاکم بولیة ه.

ويفهم من هديث فخرى باشا أن نقل التقنينات المختلطة كَأنَّ مقصودا ، وكان يراد به أن تكون القوانين واهدة في المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية ، حتى يتيسر الاستفناه عن المحاكم المختلطة ، والاكتفاء بالمحاكم الأهلية .

الفرنسى، وتتخذ القوانين الفرنسية تشريعا لها، وهم يطمعون أن يدغلوا القانون الانجليزى فى هذا النظام الجديد، حتى يبسطوا رقابتهم على المحاكم الجديدة، فبادر فخرى باشا، (وهو وقدرى باشا رجلان يجب أن يقترن اسماهما بالمحاكم الأهلية) إلى استصدار التقنينات الأهلية فى أو لفر سنة ١٨٨٧().

افتتاح المحاكم الأهلية: وفي يوم الاثنين ٣١ ديسمبر ١٨٨٣ احتفل توفيق باشا خديوي مصر بافتتاح محكمة استثناف مصر الأهلية ومحكمتها الابتدائية، وحلف قضاة الاستثناف والنائب العمومي امامه اليمين في سراي عابدين، وأعلن فخري باشا في سراي محكمة الاستثناف افتتاح هاتين المحكمتين رسميا في نفس اليوم(٣). وبعد ذلك ببضعة ايام سقطت وزارة شريف باشا. ولكن انشاء المحاكم الأهلية صار امرا وقعا(٣).

(۱) ومما هو جدير بالذكر أن التقنينات الأهلية وضعت أولا باللغة الفرنسية ،
ثم ترجمت بعد ذلك ، وفي حديث صاحب الدولة يوسف وهبة باشا للأستاذ محمد صادق
فهمي بك (وهو الحديث الذي سبقت الاشارة إليه) أن يوسف وهبه باشا نفسه هو الذي
كلف بترجمة القوانين الأهلية ، مسترشدا في ذلك بترجمة القوانين المقططة التي سبق
نكرها ، وبعد أن أتم مهمته ، تشكلت لجنة من مصطلعي رضوان باي (أجد تلاميز رفاعة
بك) ومحمد عبد السعيع (من رجال القضاء) وأمين فكري باشا (من أعضاء الفيابة
المختلطة) وتأدرس بك أبراهيم (مترجم بالمحاكم المختلطة) ، وراجعت الترجمة ، ثم
صدرت الأوامر بالقوانين الأهلية ، وقد صدر القانون المدني في ١٨ كتوبر سنة
١٨٨٨ . والقوانين الأهلية ، وقد صدر القانون المدني في ١٨ كتوبر سنة

(٢) ثم افتتحت بقية محاكم الوجه البحرى بعد ذلك يظليل. ولم تفتتم المحاكم الأهلية في الوجه القبلي إلا في سنة ١٨٨٩، وبافتتاحها اصبحت المحاكم الأهلية الجديدة منتشرة في حصم البلاد.

(٣) مينار (Namacri) وهو قاضي بلجيكي، عين مستشارا في محكمة الاستئناف الأهلية في اول انشائها، ووضع كتابا عن انشاء المحاكم الأهلية اسمه والقاهرة والقضاء قبول في مصره (Ecaro eta Justice notionale en Egypte) في كتابه ما يأتي ، وظهر نشاط غير محتاد، فاشتريت سراي للمحكمة، وتعت التعيينات لعناصب القضاء في سرعة تامة، وصدر دكريتو في ٥٠ ديسمبر يطن افتتاح المحاكم في الفد. فقد كان فخري باشا يحس الخطر، وقد سقطت وزارة شريف بعد نلك بخمسة أيام، ولم يصبح انشاء المحاكم الأملية عقيقة والقعة عند تولى نوبار باشا للوزارة، الما المحبح هذا عن ان يحول دون افتتاحها معهاملة منه الانجلترا، والآن هذه المحاكم ليست من عمله ، (انظر هر ٣٣٣ من اكتاب المنتكور).

والذي يهمنا من التقنينات السنة المنقدمة الذكر هو التقنين المدنى . ولا شك في أن التقنين معيب من حيث الموضوع ومن حيث الشكل . ولكن قبل أن نسترسل في بيان هذه العيوب ، نحب أن نقدم كلمة أنصاف للمشرع المصرى في سنتى ١٨٧٦ و ١٨٨٣ ، فمهما كان شأن العيوب التي نشير المها – وهي جسيمة كما سنرى – فلا شك في أن الجيل المصرى الذي تلقى هذا التقنين في أواخر القرن الماضي كان مغتبطا سعيدا بقانونه الجديد . فقد كان فيه تقدم بين على الحالة التي سبقته ، حيث كان القضاء فوضى ، والقوانين غير محددة ولا معروفة ، والعدل يوزع في البلاد توزيعا سيئا . فاعقب النظام الفوضى ، وتنفست البلاد الصعداء ء إذ احست أنها تستقبل عهدا جديدا من الإصلاح ، ولم يكن لأحد أن يؤمل انتقال البلاد طفرة واحدة

ي ويدكر المؤلف في كتابه كثيرا من الوقائم تدل على أن نوبار باشا، وقد تولى الوزارة بعد اعتزال شريف باشا، أخد يناهض المجاكم الأهلية الناشئة، ويناصبها العداد وقد أغمص الانجليز أعينهم عن ذلك، حتى تسود الفوضى في المجاكم الأهلية، فتتولى في أمر الرقابة عليها.

من ذلك أن نوبار باشا اضطر اسماعيل يسرى باشا الى الاستقالة من منصب رئيس محكمة الاستثناف، لأبه أبي أن يسمع مراقعة باللغة قفرسية من مندوب أولده نوبار عن المكومة المصرية، وكانت مهة الرئيس في ذلك أن اللغة العربية هي اللغة الرسمية للمحاكم الأهلية، فلا يحور سماع المراقعات بغيرها، ولم يسمح لمندوب المكومة المصرية الا يتقديم منكرة باللغة قفرسية

ومن ذلك أن دائرة الاستئناف. تحت رئاسة حسين واصع بك، حكمت في احدى القصايا صد رها أرمسي، عذهب هذا يشكو امواطنه دوبار، فانتشرت الاشاعات بعد دلك بين الدائرة قد ارتشى، وقد ابي دوبار أن يجرى تعقيقاً في مده العسالة عدد أن طلب معه ذلك حسين واصع بك، بل اكتفى بنظاء الى العحاكم الدختلطة، فأنت عدد الحماكم قبوله قبل إجراء تحقيق يثبت برامته، وترتب على ذلك الرجل فقد منصبه في القحاكم الأهلية، ولم يحصل على منصب في المحاكم الأهلية، ولم يحصل على منصب في المحاكم الدختلطة ومما عو حدير بالنكر أن الحكم الذي اصدرته دائرة حسين واصف بك، والدي انتهام أنها التها من طريق التناس، عند رفع الأشراء النها من طريق التناس، عند رفع الأشر

ومن ذلك أن دوبار عين هاجبه مستشارا بمحكمة الاستنثاف الأهلية!! وكان هذا الماجب عينا له على مستشاري المحكمة

ونحن نجيل القارى، على هذا الكتاب الممتع، فقد ورد فيه كثير من الوقائم الشيقة المتطقة بانشاء المحاكم الأعلية، والخاصة برجال نلك العهد الى درجة الكمال فى التشريع والقضاء. ويكفى أن تكون تشريعات بلك العهد فاتحة عهد جديد لرقى حقيقى كسبته البلاد فى تشريعاتها ونظمها القضائدة.

فقوانين «الإصلاح» المختلطة والأهلية، رغم كونها معيبة، كانت تحسنا محسوسا بالنسبة لأسواء الماضي(١٠).

على أنه بعد أن اطمأنت البلاد الى تشريعها ونظمها الجديدة ، والفت الأجيال التالية أن ترى محاكم منظمة ، وقوانين مستمدة من أرقى شرائع العالم واستقرت الحال بالقضاء الجديد ، واستتب الأمر له ، بدأ المشتغلون

(١) ومما يدل على أن الجيل الذي تلقى القوانين الجديدة قد رحب بها ، ما ننقله هنا عن جريدة الوقائع المصرية الصادرة بتاريخ ٣ صفر سنة ١٣٩٨ (٤ يناير سنة ١٨٨١) عدد ١٠٠٣ ، فقد ورد فيها ما يأتى : «اصلاح قوانين المجالس المحلية : أقبلت علينا بشائر الاصلاح، إذ ورد الينا من مقام رسمي أن قوانين اصلاح المجالس المحلية قد قرب انتهاؤها ، وأن العمل بموجبها سيشرع فيه عما قريب ، ولاريب أن هذا يكون من أعظم الاصلاحات التي أسستها هيئة الحكومة الحاضرة، قان المثلال القرانين واجمالها وابهامها ونقصها مما يؤدى لضياع العقوق، وامتداد يد التعدي، ريوجت تعطيل الأعمال وكثرة الارتباك . فاذا تعينت العدود ، وتبينت وجوه الأعمال ، روقف كل أجد على ما رسم به القانون و سارت الأعمال على الإستقامة وقوى الضبط، وقل الخلط والخبط. خصوصنا إذا انتشرت القوانين ، وصارت في أيدى العامة والخاصة يتداولونها ، ويدركون مفزى ما كتب بها . وقد كان الناس في حرج وضيق صدر من تشتت القرانين واللوائم والتطيمات ، وعدم وجود قاعدة ثابتة وقانون واحد يقف طيه كل شخص، حتى لا يكون لعبيم النمة قدرة على مجاولته، وهذه نظارة الجقانية أصدرت هذا المنشور للمراكز المحلية، تغيرهم أن ترتيب القوانين قد أشرف على التمام، فتمجلوا بانهاء القضايا الموجودة قبل صدور القوانين، كيلا يكون العمل إذ ذاك على توعين ه .

وهذا هو راي الكثيرين ممن درسوا هذه العساقة: انظر ارمانجون في العيد المنيني للقانون العبني الفونسي جزء ۲ ص ۷۶۷ ـ فان اكر في مجلة مصر العصرية " سنة ۱۹۲۱ مجلد ۱۲ ص ۲۹۱ ـ ويولا كازيللي في مجلة مصر العصرية سنة ۱۹۲۱ مجلد ۱۲ ص ۱۹۷

وقد دافع منشيني (في تقريره الذي قدمه لمجلس النواب الايطالي في سنة ١٨٧٥ عن انشاء المحاكم المنتطاة) عن تقيد مصر بالقوانين الفرنسية، فذكر أن هذه القوانين، مهما كانت معيية، قد جربت واثبتت التجارب صلاحيتها، وأنه خين لمصر أن تأخذ بهذه القوانين الناقصة، على أن تصلحها فيما بعد، من أن تندفع إلى الأخذ بقوانين جبيبة لم تجرب. بالقانون يشعرون بما في القوانين الجديدة من نقص فاضح وعيوب جسيمة، لم يكن يتسنى للجيل السابق، في أول عهده بهذا النظام، أن يجسها، فالآن، وفي ظل تجارب خمسين عاما مرت على النظام الحالي، وظهرت عيويه من نواح مختلفة، يحق لنا أن نكون النسي في الحكم على هذا النظام، وأن نتطلع إلى مثل أدني للكمال، وألا نقنع بما قنع به أباؤنا، فالزمن حركة، والوقوف عند العاضي جعود.

لذلك يحق لنا أن نبين ، في شيء من الأسهاب ، عيوب تقنينا المدني ، وندل على ما فيه من النقص ، متخذين في نلك معيارا يتفق مع ما وصل اليه علم القانون من الرقى في العصر الماضر . ولا نقتصر على معيار القانون الفرنسي ، فهو قانون عتيق ، قد ظهرت عيوبه للجميع .

وعيوب تقنينا تتناول الموضوع والشكل(١).

⁽١) وقد حمل كثير من الكتاب على التقنين الددنى المصرى، وبينوا عيوبه، ولكنهم القصورا في ذلك على الاجسال دون التفصيل: انظر المرحوم فتحي زغلول في القانون العدني ص ٢ وص ٥ ـ الأستاذ علمي عيسي باشا في البيع ص ٤ وما بعدها ـ الأستاذ محمد صادق فهمي بك في تاريخ القانون العدني ص ٢٠١١ ـ المادني المانيون في العيد الدئيني للقانون العدني الفرنسي ط ص ٢٠٧ ـ مسينا في شرح القانون العدني المنتلط ا ص ٣٧هـ ٢٤ و ص ٢٠٣ على الأستاذ عبد السلام ذمني بك في مسئولية الحكومة المصرية باعتبارها صاحبة الولاية المأدن القدامة (باللفة العرنسية) جزء ١ ص ٢٠٩ ـ من تقرير ص في نقص التشريع المختلط في الكتاب الذميي للعيد الغمسيني للمحاكم المختلطة من ٤٠٣ وما بعدها ـ تقرير المستشار القضائي للمكومة العصرية سنة ١٩٠٤ (النسخة العربية ص ٤٠)

على اثنا لا تريد أن تفعط تقنيننا مقه ، فهو في بعض العسائل قد جارى ما النظه القضاء والخفه من التعديل على التشريع الفرنسي ، فترتيبه لمصادر الالتزام (م ١٧/٩٣) أن في من ترتيب التقنين الفرنسي . وجعله العمل والسبب ركنين في الالتزام (م ١٤٤ - ١٤٩) عصم خطأ المشرع الفرنسي الذي يعطها ركنين في العقد . وفصله نظرية الالتزام عن نظرية العقد احتراز من خلط معيب وقع فيه التشريع الفرنسي . وقد أخذ مصرعنا عن القضاء الفرنسي (لا عن التشريع) بمضي مسائل هامة ، نذكر منها عبيب الرضا (م ١٣٤ - ١٩٤٦) والهية المستترة (م ١٩٠/٧٠)، والتضامن في المسئولية التقصيرية (م ١٩٠/٧٠) والهية وجواز تعديل أجر الركبال (م ١٩٥/٨٠٤)، والتصاريف الفاحشة في بيع الوفاء (م ١٩٤/٧٠٤).

عيوب التقنين إلمدنى من حيث الموضوع:

بيان هذه العيوب. يمكن القول أن تقنيننا المدنى فيه نقص، ثم فيه فضول، وهو غامض حيث يجب البيان، مقتضب حيث تجب الافاضة، ثم هو يسترسل في التافه من الأمر فيعنى به عناية لا تتفق مع أهميته المحددة. يقلد القانون الفرنسي تقليدا أعمى، فينقل كثيرا من عيوبه، دون أن يتنبه إلى ما أدخل القضاء على هذا القانون من الاصلاح. وهو بعد متناقض في نواح مختلفة، ويضم إلى هذا التناقض أغطاء معيبة كان من الهين أن يتجنبها المشرع المصرى لو اصطنع الأناة وحرص على الاتقان. وما كل هذا الا بعض ما يقال في عيوب هذا التقنين.

النقص: أما النقص فيرجع بعضه الى أن تقنيننا المدنى لاتتناول نصوصه الا المعاملات دون الأحوال الشخصية. وبين الدائرتين دائرة مشتركة يغفلها تقنيننا. فإذا تلمسناها في قانون الأحوال الشخصية، وجدنا الشريعة الاسلامية تقرر فيها مبادىء تتناقض تناقضا أساسيا مع مبادىء القانون الفرنسي. فنقع في حيرة وارتباك، ونتساءل أأراد المشرع أن يكل حل ما أغفله إلى مبادئء الشريعة الاسلامية، أم ألى مبادىء القانون الفرسني؟ انطبق على انتقال ملكية الأموال الموروثة الى الورثة مبدأ الشريعة الاسلامية القاضي بألا تركة الا بعد سداد الدين، أم ميدا القانون الفرنسي الذي ينقل الحقوق والديون الى الورثة؟ ثم هل تنتقل الالتزامات بوجه عام الى ورثة المدين؟ وأي مسائل الهبة تطبق عليها احكام الشريعة الاسلامية ، وأيها تنطبق عليه مبادىء القانون الفرنسي؟ واى تقادم يسرى على الأموال الموقوفة، اتقادم الشريعة الاسلامية وهو ثلاثة وثلاثون عاما ويمنع من سماع الدعوى، أم تقادم القانون المدنى و هو خمسة عشر عاما ومكسب حق الملكية ؟ كل هذه مسائل تضاربت فيها الأحكام، وإذا كانت قد استقرت في بعضها، فهي متقلقلة في البعض "الأخر، ولايزال التشريم المصرى في حاجة الى كثير من الوضوح والبيان، حتى فيما استقر عليه القضاء من هذه المسائل.

<u>.... وقد عدد الاستاد بيولا كازيللي (في مقاله المنشور بمجلة مصر المصرية سنة</u> ١٩٣١ مجلد ١٢ مس ١٩٩٨) سبعة واربعين مسالة تفصيلية ، نظلها عن كتاب الأستاذ والنون في الالتزلمات ، وذكر أن الأستاذ والنون رأى أن التشريع المصري منقدم فيها عن التشريع الفرنسي .

ولكن معظم النقص الذي نشكو منه يرجع الى سبب أخر ، هو قصور تقنيننا عن مجاراة التقدم العظيم الذي قطع مراحله علم القانون في العصر الحاشر ، فهو منقول عن القانون الفرنسي ، والقانون الفرنسي وضع أول القرن التاسم عشر . فلا بزال أمام تقنيننا حتى يصبح متمشيا مع عصره أن يقطم هذه المرحلة الطويلة التي قطعها علم القانون في قرن وثلث قرن. وهذه أجبال طويلة، ارتقى فيها القانون ارتقاء لم يكن أحد يتوقعه. وسنرى، عندما نعرض لموضوع القانون المقارن وتقدمه، أن هذاك مسائل كثيرة، نحن في حاجة الى أن نأخذها لا من القانون الفرنسي التعيق ، بل من التشريعات العديثة ، حيث نشهد أحدث النظريات القانونية مطبقة تطبيقا تشريعيا محكما. ونكتفى عنا بالاشارة الى بعض هذه الثغرات التي يجب أن نسدها في تقنيننا، فهناك نظريات عامة ، قد استقرت في القانون، واصبحت تراثالجميع الأمم، لانجد لها اثرا عندنا، أو نجد اثرها ناقصا مقتضبا . فنظرية سوء استعمال الحق ، ونظرية عامة للغين تتناول كل نواهي القانون، وقانون للجمعيات والمنشآت والأشخاص المعنوية بوجه عام، وتشريم للعمل، ونظرية تحمل التبعة، ونظرية الدفع بعدم تنفيذ العقد، وقواعد حماية الملكية الفنية والأدبية والصناعية والتجارية ، ونظام لعقد التأمين ولعقود الاحتكار والمنافع العامة ، ونظربة للنيابة في التماقد، وتنظيم الملكية على الشيوع، والاعتراف بحوالة الدين أسوة بحوالة الحق، وأقرار الارادة المنفردة مصدرا للالتزام، والإعتراف بالعقود بالعقود المجردة، ويعقود الاذعان، ونظرية التهديد المالير، ونظرية الالتزامات الطبيعية ، كل هذه نظريات لاحظ لتقنيننامنها ، وهي لازمة لايجوز اغفالها في تشريع حديث، يتضمن ثمرة مجهود علماء القانون في هذه العصور الأخيرة. هذا إلى أن تقنيننا، في موضوع من أهم. موضوعات القانون، هو موضوع العقد، وفي مسألة من ادق مسائل هذا الموضوع، هي مسالة تكوين العقد، نزاه صامتًا صمتًا مدهشا، لا بفيير و الا تقليد أعمى للقانون الفرنسي ، وترسم دقيق من مشرعنا لخطي المشرع الفرنسي ، حتى في المزالق التي وقع فيها ، وقد كتينا عن هذه المسألة في كتاب الالتزامات (جزء اول فقرة ٢٣٥) ما يأتى: ، ونلاحظ إن القانونين الفرنسي والمصرى لم يتعرضنا بنص لهذا الموضوع الذي يعد من ادق موضوعات العقد، بل تركا الأمر للفقه والقضاء، ونلك بخلاف التشريعات الحديثة، كالقانون الألماني وقانون الالتزامات السويسري والمشروع الفرنسي الابطائي، فقد ورد فيها نصوص على جانب عظيم من الأهمية، تبين كيف يصدر الايجاب، ومتى يكون ملزما، والى أي وقت، وكيف يقترن به القبول، سواء كان المتعاقدان حاضرين مجلس العقد، أو كانا غير موجودين في مجلس واحد (١٠٠).

وهناك موضوعات منفصلة عن التقنين المدنى يجب ادماجها فيه، كقانون الشفعة، وقانون التسجيل، والقانون الخاص بطرح البحر واكله، وقانون ٢٧ فبراير سنة ١٨٩٤ الخاص بحقوق الشرب والمجرى والمسيل. كما توجد موضوعات مندمجة في هذا التقنين، يجب حذفها، بعد أن بطل العمل بها، كالفاروقة، والوصية لمحل خيرى، وارث الاجارتين (م ٥٥٣ و م ١٧ ـ ٣٧/١٨ ـ ٣٨).

الفضول والاقتضاب وتقنيننا المدنى فيه فضول من ناهية، واقتضاب من ناهية أخرى. انظر اليه وهو يتكلم في هق الانتفاع (م ١٩٣٧ واقتضاب من ناهية أخرى. انظر اليه وهو يتكلم في هق الانتفاع (م ١٩٧٣ ع. ٥٠)، وفي الالتزامات التخييرية والبدلية (م ١٩٠١ ع. ١٩٠٩)، وفي قواعد تفسير العقد (م ١٩٨ ع. ١٩٩٩ ع. ١٩٠٩) وفي النققة فيما بين الزوجين والأقارب (م ١٥٥ ع. ١٩٩٩ ع. ٢٠٠١)، وفي كيفية تسليم المبيع (م ١٧٠ ع. ١٩٣٩ ع. ١٩٠٩)، اثرى كيف يمط النصوص مطا، ويتعرض للسمين والفث، دون تمييز بين أصل وفرع، ودون أن يراعي أن كثيرا من هذه النصوص كنا في غناء عنها بتطبيق القواعد العامة، بل أن كثيرا منها لايكاد وجد له تطبيق في الحياة العملية.

ثم انظر اليه وهو يستعرض ادق الموضوعات القانونية، واكبرها خطرا، وابعدها أثرا في الحياة، فيمر عليها مرا سريعا في عجلة واقتضاب وغموض، فهو بورد قواعد المسئولية التقصيرية في مواد

⁽¹⁾ وقبل أن نترك هذا العوضوع بشير الى نقص التقنين المدبى فى انه لم يضع طرقا صالحة فى تنظيم الاعسار ، فلا يوجد ، أفلاس مدنى ، كما هو موجود فى القانون التجارى ، حتى تقل يد العدين عن التصرف ، ويصنفى أمواله نائب عنه وعن الدائنين ، فيتساوى هؤلاء ، ويأخذ كل منهم نصبيا بنسية دينه

وقد بالغ مشرعنا في الاقتضاب، حتى نتلمس القاعدة الهامة فلا نجدها، فنتاول لها، ونتعسف في التاويل، حتى نظفر باستخلامها من المصوص بطريق منطقي ملتو. مثل ذلك تملك المائز حسن النية للثمار، ورد في هذه القاعدة نصوص صريعة في القانون الفرنسي، أما نحن فنستخلصها بطريق غير مباشر من بعض النصوص (م ٢٠٧/١٤٦). كذلك حذف مشرعنا دون سبب ظاهر، في تعريفة لحق الملكية (م ٢٤/١٦)، القيد الجكيم الذي اورده المشرع الفرنسي، وحذف النص القاضي بان عبه إثبات السبب في الالتزام يقع على عاتق المدين لا الدائن (م ١٩٣٢) من القانون المدني الفرنسي)، والنص الذي لايجيز إثبات عكس المكتوب إلا بكتابة (م ١٩٣٤ من القانون المدني الفرنسي)، وقس عكس المكتوب الا بكتابة (م ١٩٣١ من القانون المدني الفرنسي)، وقس على غله كثيرا من النصوص.

الفعوض اما الغدوض فنجده متفشيا في كثير من النصوص، فلا يكد المعقق يستطيع أن يحدد لها معنى، ويكفى أن تقرا المائتين المعقوص، ويقضى نصهما بأن دمن عقدت على نمته مشارطة بدون توكيل منه، فله الخيار بين قبولها ورفضها ، حتى تقف حائرا، لاتدرى ما الذي يقصده مشرعنا من هذا القول، اهو يتكلم عن رب العمل وحقه في اجازة عمل الفضولي، أم هو يقصد التعهد عن الفير وحق هذا الفير في اقرار ما تم التعهد به عنه، أم هو لايريد هذا ولاذاك، بل يعرض للاشتراط لمصلحة الفير، وحق هذا الفير في اقرار ما اتفق عليه المشترط والمتعهد لمصلحة الفير، وحق هذا الثمياء، و لا يريد شيئا منها، حتى تدرك أن مشرعنا لم يتوخ دقة التعبير في نص قانوني يعتبره فقهاء للنانون المصرى اساسا تشريعيا لقاعدة خطيرة، هي قاعدة الاشتراط لمصلحة الفير، بل هو الأساس القانوني الوحيد لنظام التصادي يعد محق المصلحة الفير، بل هو الأساس القانوني الوحيد لنظام التصادي يعد محق

من الدعامات الأساسية التي تقوم عليها الحياة الاقتصادية، وهو نضا كما التأمين. ليس لدينا في هذه الناحية الا هذا النص الوحيد، وهو نص كما رايت مضطرب قلق غامض. ولا يزيل غموضه الرجوع الى الأصل الفرنسي، فأن هذا الأصل لا يخلص من الاضطراب الا فيما يتعلق باستبعاد الفرض الخاص بالتعهد عن الفير، وبيقي النص متمملا للفرضين الأخرين، على أن هذا الفرض الذي يقضى الأصل الفرنسي باستبعاده قد وجد من فقهاء القانون المصرى، كالأستاذ دي هلتس، من يرى قصر المعنى عليه وجده دون غيره من الفروض.

ثم اقرآ بعد ذلك النصوص المتعلقة بالدعوى البولصية (م ٢٠٢/١٤٠)، ودعوى استعمال حقوق المدين (م ٢٠٤/١٤٠)، والانتزام الطبيعي (م ٢٠٨/١٤٧)، والنصوص الواردة في نظرية مصل الالتزام (م ١٤٨/٩٥)، وفي نظرية السبب (م ١٤٨/٩٥)، ونظرية الحيازة (م ٢٠٢/٢٠)، والفلط في عقد الصلح (م ١٥٥/٥٥٥)، ونظرية والشرط الجزائي (م ١٠٢/٨٩)، والفلط في عقد الصلح (م ١٠٥/١٥٠١، الست تراها حائرة قلقة، يشيع فيها جو من الفصوض والابهام، لايكاد يخلص منه المتعمن الي معنى ثابت مستقر، الا إذا نظر الي مراجع هذه النصوص من الفقوض والابهام، لايكاد يخلص منه القدماني تقبر له السبيل، حتى إذا عاد الى قراءتها في هذا الضوء والعماني تقسر عليها قسرا، فلا تواتيها الا بعد كثير من الحدس والمعاني تقسر عليها قسرا، فلا تواتيها الا بعد كثير من الحدس،

ثم انظر الى مشرعنا وهو يتكلم، فى استرداد الجقوق المتنازع فيها، عن مشتر يشترى حقا متنازعا فيه منعا لجمبول دعوى (م 887/٢٥٥)، وفى عقد الصلح عن عدم جواز الاحتجاج بالصلح على من له شركة فى القضية التى وقع بها الصلح (م ٢٦٠/٥٣١)، اليست هذه النصوص وامثالها تحتاج فى فهمها وادراك مرماها الى كثير من الخيال، بل الى شيء من التنجيم!

تقليد القانون الفرنسي: وتقليد مشرعنا للقانون الفرنسي تقليدا أعمى هي الظاهرة التي تسود كل التشريع المصري، فكثير من النصوص

المعيبة لا يفسر ما وقم فيها من العيب الا أنها مجرد تقليد للأصل، فلا يزال للعقار في التشريع المصرى شأن غير شأن المنقول، ونحن في هذا نحكى صدى المشرع الفرنسي في سنة ١٨٠٤، وقد تلقينا القواعد الفرنسية في هذا الموضوع كما هي مسطورة في قانون الفرنسيين. وهناك نصوص فرنسية متناقضة مضطربة، نقلناها بتناقضها واضطرابها. فالمابتان ١٩٥/١٣٥ تقضيان بأن الاكراه بكون موجيا لبطلان العقد ، إذا كان شديدا ، بحيث يحصل منه تأثير لذوى التمييز (يقصد الوسط من الناس)، مع مراعاة سن المتعاقد وحالته والذكورة والأنوثة. فغي هذا النص نجد المشرع قد خلط بين معيارين متناقضين للإكراه، معيار مادي ومعيار شخصي . ولا يفسر هذا الخلط الاخلط مثله وقم فيه. المشرع الفرنسي (انظر م ١٩٢ من القانون المدني الفرنسي) ، وقد اساء فهم ما قرره بوتبيه في هذا الصدد مما هو معروف في كتب الفقه الفرنسي، فيكون المشرع المصرى قد نقل من المشرع الفرنسي حتى الأغلاط التي وقع فيها . وكذلك نرى المادتين ٥٨٨/٤٨٠ تقضيان بأن صاحب الايراد المرتب طول المياة ليس له الا التنفيذ بايراده، في حالة عدم وفاء المدين، ولا يستطيع أن يفسخ العقد. وفي هذا خروج غريب على القواعد العامة، نقله المشرع المصرى عن المشرع الفرنسي دون تدبر

ونجد المشرع المصرى من ناحية أخرى يتنكب الشريعة الاسلامية ، وقد كان يمكنه الأخذ عنها في بعض موضوعات هامة ، جاءت مبادئها فيها أرقى من مبادىء القانون الفرنسى ، وعذره في ذلك أن أحكام الشريعة الاسلامية لم تكن قربية المنال وقت التشريع ، ولكن هذا العذر إذا فسر هجر الشريعة الاسلامية فهو لا يبرره ، وسنعود الى هذا الموضوع ببيان أوفى .

المتناقض ثم أن تشريعنا المدنى لايكاد يضع القاعدة حتى ياتى بما يناقضها . فهو فى المادتين ١٦٩/١١٣ يقرر أن المدين المتضامن لايجوز له أن يتمسك بالمقاصة الحاصلة لغيره من المدينين المتضامنين وقد اتبع فى ذلك حكم القانون الفرنسى (م ١٣٩٤ من هذا القانون). ثم ينسى بعد ذلك ما قرره ولا يلبث أن يقرر ما يناقضه، فيقضى في

المايتين ٢٠١/٢٠١ بأن المدين المتضامن يجوز له أن يتمسك بالمقاصة المستحقة لباقي المدينين المتضامنين بقدر عصتهم في الدين، ثم هو يحمل المشترى تبعة هلاك المثليات (م ٢٠٧/٢٤١)، متبعا في ذلك حكم القانون الفرنسي في هلاك الشيء المبيم تكون على البائم لا على المشترى، متبعأفي ذلك حكم الشريعة الإسلامية، والحكمان متناقضان ولا يصبح الجمع بينهما . ويقرر جواز الاشتراط لمصلحة الغير بعبارة عامة ، فيسمح بأن يستفيد من العقد غير العاقد (م ١٩٨/١٣٧)، ثم لا يلبث أن يقرر ان ، المشارطات ؛ لا تترتب عليها منفعة عاقديها (م ٢٠٢/١٤١). كذلك يقرر قانوننا في المقايضة حكما غربيا يخرج به على القواعد العامة، ويناقض فيه المباديء المقررة في البيع دون سبب معقول، إذ يقضى بأن المقايض إذا استحق في يده بدل المقايضة لا يرجع بالبدل الآخر الذي أعطاه إذا كان هذا البدل عقارا انتقل من المتعاقد الى شخص آخر ، وبقى في هذا الأخير خسس سنوات من يوم العقايضة (م ٣٥٩). ويجيز مشرعنا للدائن أن يطعن في عدم تمسك مدينه بالتقادم المسقط (م ٣٠٠/٢٠٦)، وينسى أن يقرر مثل هذه القاعدة في التقادم المكسب، مع أن الأمر واحد في الحالتين.

ثم على نحن في حاجة للاشارة التي نلك التناقض الذي وقع في نصوص القانون المدنى بعد صدور كريتو ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٧، فأصبح نصى المادتين ١٨٥//٣٧ يقضى بأن الحد الأقصى للفوائد هو ٩٪، وبقى نصى المادتين ٥٨٢/٤٧٨ برفع هذا الحد التي ٢٣٪؟.

ولا ننسى ما يقع في بعض الأحكام من التناقض ما بين التشريعين الأملى والمختلط، مما يكون سببا في اضطراب المعاملات، وقد يدعو الي تدخل المشرع في بعض الأحيان. ففي الحوالة يشترط القانون الأهلى رضاء المدين (م ٣٤٩). ويكتفي القانون المختلط باعلانه بالحوالة (م ٣٣٩). وفي بيع الوفاء يجمل القانون الأهلى اقصى المدة التي يجوز فيها الاسترداد خمس سنوات (م ٣٤١)، ويقصرها القانون المختلط على سنتين (م ٣٣١). وفي بيع الشيء المستقبل لا يمنع القانون الأهلي بيع المحصولات قبل أن تنبت، ويحرم القانون المختلط نلك (م ٣٣٠). وهناك المختلط على المقابضة وردت في القانون الأهلى وأعلفها القانون المختلط،

منها النص الغريب الذي ورد في المادة ٢٥٩ والذي سبقت الاشارة اليه. وقد كان القانون الأهلى لايقرر حق الشرب ولاحق المسيل ويقرر حق المجرى بالقدر الضرورى (م ٣٦- ٣٣)، ويجعل الاختصاص للجنة ادارية في تقدير التعويض، اما القانون المختلط فقد كان لايقرر حق الشرب ولا المجرى ولا المسيل، ثم صدر قانون رقم ٢٧ سنة ١٩٩٢ يقرر حق المجرى والمسيل دون الشرب، ولايعطى اختصاصا لأية لجنة ادارية. ومن هذا تضاربت النصوص، وتعارضت جهات الاختصاص في هذه المسالة التي تعد على جانب كبير من الأهمية في بلد زراعية.

فما العمل امام هذا التناقض في الأحكام؟ وما يفعل البائع وفاء مثلا إذا كان مصريا ، واشترط على المشترى وهو مصرى مثله ، أن يسترد في خمس سنوات ، وباع المشترى العين الأجنبى بعد ثلاث سنوات انطبق القانون الأهلى فنجيز الاسترداد لأن مدة خمس سنوات لم تنقض ، أم نطبق القانون المختلط فلا نجيز الاسترداد بعد انقضاء سنتين من وقت البيع؟ وقسى على هذا الأشكال الاشكالات الأخرى التي يمكن أن تنجم من هذه الأمكام المتباينة المتناقضة .

الشطاء فاضحة، عجبنا كيف لايتنزه تشريع جدى عن مثل هذه العيوب الخسطة، عجبنا كيف لايتنزه تشريع جدى عن مثل هذه العيوب الجسيمة، فالمشرع المصرى يغفل اهم شرط فى التملك بمضى المدة القصيرة، وهو شرطحسن النية، فلا يذكره فى النص الذى أورده فى هذا الموضوع (م ١٠٢/٧٦). ويعرف الشرط، بأنه أمر مستقبل أو غير محقق (م ١٠٢/٧٠٣)، وهذا خطأ بين، فالشرط يجمع بين الاستقبال مرض الموت (م ٥٠٠/١٠٥/ ، وهذا خطأ بين، فالشرط يجمع بين الاستقبال مرض الموت (م ٥٠٥/ ١٩٥٠ - ٢٥٠/ ١٩٦٢)، فلا يكون أمينا فى النقل، وينظر الى مال البائع وقت البيع، إن يقضى بأن العبرة فى هذا البيع بقيمة المبيع لا بالقدر المحابى به، والشريعة الإسلامية تقرر عكس نلك، وينظر الى مال البائع وقت البيع، والشريعة الإسلامية تقرر عكس نلك، وينظر الى مال البائع وقت البيع، والشريعة الإسلامية تقرر عكس نلك المتفضى بأن الزوجة تنفق على زوجها (م احكام المكام الشريعة الاسلامية، إذ قضى بأن الزوجة تنفق على زوجها (م

وهذا غاية التخبط، وقد دعا هذا الخلط الغريب اكثر المحاكم المصرية الى وهذا غاية التخبط، وقد دعا هذا الخلط الغريب اكثر المحاكم المصرية الى اعتبار هذه النصوص دحروفا ميتة ، لايعمل بها . وقد يأخذ المشرع المصرى من الشريعة الإسلامية ايضا ويخالفها ، كالغبن في بيع عقار القاصر ، فان البيع يكون باطلا في الشريعة الإسلامية ، أما القانون المصرى فيكتفي باعطاء القاصر دعوى بتكملة الثمن . ويغطى المشرع المصرى كذلك في تقرير أن ملكية المبيع المعين بالنوع تنتقل بالتسليم (م ١٣٥/٨٦٨) . فهي إنما تنتقل بالتعين . ويزعم واضع التقنين المختلط أن القسمة منشئة للحق لا مقررة (م ٥٥٥) ، وهذا خطأ صححه القانون الأهلى (م ٥٠٤) وقضاء المحاكم المختلطة.

ويوجد عدا تلك في التشريع المصرى أخطاء كثيرة ، نكتفي بالاشارة اليها(١).

هذه امثلة على ما في تشريعنا المدنى من عيوب فاضحة، فهو تشريع يتراوح بين النقص والفضول، وبين الفموض والاضطراب، ويتقسمه التناقض والخطأ، وهو بعد عديم التناسق، وليس الا تقليدا أعمى لقانون اصبح الآن تشريعا عتيقا عاجزا عن مسايرة الزمن.

عيوب التقنين المدنى من حيث الشكل

بيان هذه العيوب ليست العيوب الشكلية بأقل وضوحا وأضعف أثرا في تشويه تشريعنا المدنى، وهي عيوب كثيرة متنوعة، نذكر منها ما يرجع الى تبويب التقنين وترتبيه، وما يرجع الى تعدد لغاته، ونضيف الى ذلك عدم الدقة في التعبير القانوني، وضعف الأسلوب، وركاكة الترجمة عن الأصل الفرنسي، وما وقع فيها من اخطاء فاضحة.

التيويب والترقيب: أما عن تبريب تقنيننا المصري، فمعروف أن هذا القانون مقصور على دائرة المعاملات، وهو يبوبها في أربعة كتب، وهذا التبويب وأن كان أدق علميا أمن تبويب القانون الفرنسي، ألا أنه لايزال معيبا، فقد وضعت الأموال والمقوق العينية في كتاب، مع أن

⁽۱) انظر مثلا علی ناک م ۱۵۲/۹۸ و م ۲۲۰/۱۹۲ و م ۲۰۳/۲۷۹ (مقارنة بالمانتین ۲۰۱ فقرة ثالثة ۷۷۷ فقرة ثانیة) و م ۲۷۶/۲۱۰ و ۲۷۲/۲٫۲۸

الأموال تكون معلا للحقوق العينية للحقوق الشخصية على السواه، فالأولى فصل الأموال عن الحقوق العينية، وجعل كل منهما في كتاب مستقل. ثم وضعت الالتزامات في كتاب ثان، واختصت العقود المعينة بكتاب ثاك ، مع إن هذه داخلة في الالتزامات، وكان الأولى ضمهما معاً في كتاب ثالث ، مع إن هذه داخلة في الالتزامات، وكان الأولى ضمهما معاً في كتاب واحد. وفي الكتاب الرابع، وقد عنون بحقوق الدائنين، أورد الشرع بنوع خاص أحكام التأمينات العينية، وقد حشر فيه موضوع البات الحقوق العينية مع بعض نصوص تتعلق بقلم الكتاب في المحاكم، وكان الأولى وضع نظرية عامة للاثبات، سواه تعلقت بحقوق عينية أو بعقوق شخصية، وتقريب هذه النظرية من نظرية أشهار الحقوق المينية لما بين الموضوعين من الصلة الظاهرة، وليس في تقنيننا مقدمة تنص على النظريات العامة التي تنبسط على جميع نواحي القانون، كنظرية سوء استعمال الحق ونظرية الفين وقواعد تفسير القانون وما الى ذلك. وسنقترح فيما يلى تبويبا للتقنين يكون اقرب للدقة العلمية من هذا التبويب، مسترشدين في ذلك بتبويب التشريعات الحديثة كالقانون الأماني والقانون السويسري.

وليس الأمر مقصورا على نقص هذا التبويب العام. بل توجد عبوب كثيرة منفشية في الترتيب القصيلي لكل كتاب من هذه الكتب الأربعة . فقد وضعت قيود العلكية ، في الكتاب الأول ، في باب حقوق الارتفاق وسعيث باسمها ، وهذا عيب تجنبه العشرعان الألماني والسويسرى ، ولم ترتب اسباب اكتساب العلكية والحقوق العينية ترتيبا علميا صحيحا . ووضعت القاعدة التي تقضى بأن الحيازة في المنقول سند الملكية في الفصل المخصص للعقد باعتباره سببا لاكتساب العلكية ، والفرق جسيم بين ان يمكك المنقول بالعقد أو يملك بمقتضى هذه القاعدة ، وقد عاد العشرع الدي يملك المنقول بالعقد أو يملك بمقتضى هذه القاعدة ، وقد عاد العشرع الدي الإشارة للقاعدة نفسها في مكان آخر غير مناسب أيضا ، هو الباب الذي الإشراق للقاعدة نفسها في مكان آخر غير مناسب أيضا ، هو الباب الذي ولانرى اثرا للملكية في الشيوع ولا للقسمة الا عند الكلام على الشركات وفي قانون المرافعات (أنظر م ١٦٠/ ١٧١) . وبعد أن فصل المشرع بين التقادم المكسب والتقادم المسقط، مخالفا في ذلك الاقترام المقسط، مخالفا في ذلك التقادم المقسط، وتناول فيها لتقادم المقسط، وتناول فيها لا تقدر المقسط، وتناول فيها للتقادم المقسط، وتناول فيها للمقسط المقسط، وتناول فيها للمناول فيها للمقسط المقسط، ويناط المشرع في باب واحد من الكتاب الأشرى بين الانترامات المقسط، ويقاد بين الانترامات المقسط، ويقاد بين الانترامات المقسط، ويقاد بين الانترامات المقسط، ويقاد بين الانترامات المكسب والقاد بين الانترامات المقسط، ويقاد بين الانترامات المقسط، ويقاد بين الانترامات المكسب ويقاد بين الانترامات المتراء المناص المتراء المناء بين الانترامات المتراء المترا

التي يكون مصدرها العمل الضار . ويبتديء الكتاب الثاني في الباب الأول بالنظرية العامة للالتزام في ذاته، ثم يترك المشرع النظرية ناقصة، وينتقل في الأبواب الثلاثة التالية الى مصادر الالتزام، ويعود بعد ذلك في المات الخامس الى تكملة نظرية الالتزام. وفي الكتاب الثالث ترد نظرية حوالة الحق في باب البيع مع انها نظرية عامة تشمل البيع وغيره، وكان مكانها الطبيعي في نظرية الالتزامات. ثم يجمع المشرع في باب واحد من هذا الكتاب الثالث بين اجارة الأشياء وما يسميه بأجارة الأشخاص وأرباب الصنائم، مم أن الفرق كبير بين هذين النوعين من العقد، وكان الأولى أن يقصر عقد الايجار على اجارة الأشياء ويفصل عنه عقد الاستصناع وعقد العمل. ويتكلم المشرع على الحراسة في باب الوديعة، وكان الأولى وضعها في قانون المرافعات. ويفصل ما بين الكفالة وعقود التأمين الأخرى، ولا مبرر للفصل بين هذه الموضوعات المتقاربة. والأغرب من ذلك أنه يفصل ما بين عقد رهن الحيازة وعقد الرهن الرسمى، فيضم الأول في الكتاب الثالث مع العقود المعينة، ويضع الثاني في الكتاب الرابع مع حقوق الدائنين. ويجمع في الكتاب الرابع ما بين التأمينات وإثبات العقوق العينية ودفاتر التسجيل، وهذه موضوعات متنافرة لا يصح أن يجمعها كتاب وأحد.

تعدد لفة التشويع: وهناك غير نقص التبويب عيب أخر في الشكل يرجع الى الظروف التي وضع فيها تشريعنا. فقد قدمنا أن المشرع المصرى وضع تشريعه باللغة الفرنسية في الأصل. وقد ثرجم التشريع بعد نلك الى اللغة العربية، واعتبرت هذه الترجمة هي النص الرسمي، ومن نلك وجد عندنا نصان: نص أصلي ونص رسمي. وكلاهما مضطرب. وكان الاضطراب في واحد منهما كافيا لايقاعنا في الحيرة، فما بالك وقد اجتمعا، وكل منهما يرجع إليه، ويقارن بالآخر، فيزيد الاضطراب والفعوض. أضف الى نلك أن مترجم النص الفرنسي لم يكن دقيقا في ترجمته، وكثيرا ما شوه الذي ينقله، فضلا عن تشويهه اللغة التي ينقل الهيا، وسنورد أمثلة على نلك فيما يلى

ويكفى هنا أن نشير الى بعض مواد اختلف فيها النصان العربى والفرنسى، وحارث الناس بأي نص تأخذ، ففي التعليس (م ١٣٦ أعلى) يقضى النص العربي بان يكون صادرا من أحد المتعاقدين، ولا يشترط النص الفرنسي ذلك. وفي اعتار العدين (م ۱۲۰ أهلي) يقرر النص العربي أن يكون الاندار رسميا، ولا يتطلب النص الفرنسي ذلك. وفي العربي من العربي مراحة الى دين الوفاء مع الحلول (م ۱۹۲ أهلي) لايشير النص العربي صراحة الى دين جديد يحل محل دين قديم، ويصرح النص الفرنسي بذلك. وهناك المواد الا وهم خاصتان بايقاف سريان المدة) و ۱۳۶ (وهي خاصة بالفلط) و ۲۷۰ (وهي خاصة بتسجيل عقد البيع) و ۲۲۶ (وهي خاصة بالشرداد الحصة الشائعة)، نصوصها العربية تختلف عن نصوصها المربية تختلف عن نصوصها

ففي مثل هذه المسائل الهامة، انتخذ بالنص الفرنسي لأنه النص الأمسلي، وهذا هو راى فريق من فقهائناومحاكمنا، ام ناخذ بالنص العربي لأنه النص الرسمي، وهذا راى فريق آخر، ام ناخذ في كل مسالة بالنص الذي نرى أنه اكثر اتفاقا مع غرض المشرع، فناخذ في التدليس وفي ايقاف سريان المدة وفي الغلط وفي استرداد الحصة الشائمة بالنص الفرنسي، وفي الإعذار وفي الوفاء مع الحلول وفي التسجيل بالنص العربي، وهذا هو الراى الذي نذهب اليه ... مشكلة لانزال نعانيها، حتى يتهيا لنا الخلاص من هذا القانون ذي اللغتين المتاقضتين.

التعبير والأسلوب والى جانب هذا يوجد عدم الدقة فى التعبير القانونى، وضعف الأسلوب، والاسفاف الى العامى من الألفاظ، لا ننكر أن لغة قانوننا، إذا قيست بلغة العهود الماضية، تعد على درجة كبيرة من الرقى(١)، ولكننا لانرجع الى العاضى، بل نقطع الى المستقبل، وإذا

⁽١) ويكلى أن تقرأ شيئا من القوادين التي كانت تصدر عي تلك العهود لتتحقق من تلك ولنقدم مثلا واحدا من ألاف الأمثلة نصا من لائمة مجلس الأحكام العمروف في تأريخ القضاء المصريء فقد تقضي البعد السانس من الارادة السنية الصادرة لرناسة مجلس الأحكام المصرية في ٥ وبيع الأخر سنة ١٣٦٥ بما يأتي ، من حيث أنه على موجب عدد اللائمة، كل من كان مقيم بمحل مأموريته، لأجل أجرا مقتساها، فلا يوافق شربهم الدخان، و لا يحضروا أيضاً شبوكاتهم إلى دواوينهم، وإن كان أحداً (كنا أرباب العجلس يريد شرب مقورة ودحار. فيتوجه الى الاودة القريبية التي سيسمين تعينها، وبعد الدرب وود للمولس،

اردنا أن نقدر قيمة أسلوب تشريعنا ودقته ، وجب أن نقيسه بمعيار راق ، نطمح أن نصل اليه عند مراجعة هذ التشريع ، فنتوقى هذه العيوب الكثيرة إلتي أن لنا أن نشير ألى بعض منها .

فمن امثلة عدم الدقة في استعمال التعبير القانوني أن واضع النص العربي يعبر عادة عن البطلان (nullité) بالألفاء. فيقول في المادة ٤٨ الهلي: • والا كان الوقف الهلي: • والا كان الوقف الهلي: • والا كان الوقف لاغيا • و مكذا . ويسمى لاغيا • و مكذا . ويسمى الالتزام (obligation) بالتعهد ، مع أن التعهد نوع خاص من الالتزام مصدره العقد أو الارادة المنفردة ويترجم العمل القانوني (act) بالفعل (انظر م ١٤٣ الهلي) • والفرق كبير بين العمل القانوني والفعل المادي . ويترجم المقايضة (وكذه المنهن ، فالبيع عقد معاوضة و لكنه لسر ، مقايضة .

اما من حيث ضعف الأسلوب وركاكة الأفاظ، فالأمثلة كثيرة، نذكر منها ترجمة الدولة بالميرى (١) و. والاستيلاء وبوضع اليد (١) و والالتصاق وباضافة المحلقات للملك (١) و والدائن وبالمدايين (١) و ورجمت عبارة (ما لا يفترض (١)) بجملة ركيكة غير صحيحة وهي و لا يحكم فيه بالظن، ويتكلم واضع النص العربي عن الوفاء بميعاد لائق (١) ويريد الوفاء في ميعاد لائق ويترجم المبالغ المدفوعة (١) وبالمدفوعات و

هذا بمودج من التشريع في ذلك العصر اسلوبا وموضوعا عابطر الي هذه اللوثة التي عنقد اصدابها انها تمت الى العربية بصلة تم تأمل موضوع هذا النص، وكيف تتبرل الارادة السنية ، الى الخوض في أمر تأفه ، يكفي اليوم فيه صدور المطيعات ادارية ، من أصغر رئيس من رؤساء مصالح الحكومة ولائك أن لفة تشريعنا الحاضر . إذا قورنت بلغة تلك العهود ، تعتبر معجزة من أيات الليان

⁽۱) Elat انظرم ۹ و ۳۰ و ۹۷ و ۱۹۱۶ املی

it a Occepation (Y)

EE Accosion (7)

⁽٤) Créancier م ٥٣ و ١٦٤ و ١٩٨ و ٤٦٠ و ٤٦١

^{. (9)} ce qui ne se présume pas (9) . وهي العبارة الواردة في أخر المادة ١٤٤

⁽١) انظر ۾ ١٦٨

YYY e Payements (V)

ويقول: «من حيثية (۱) وهو يريد ان يقول: من حيث ويترجم المحامين «بالأفوكاتية (۱)» والأجر «بالماهية (۱)» والعقد «بالمشارطة (۱)». ويقول «هي جميع المواد ما عدا التجارية (۱)» وهو يقصد ان يقول «هي جميع المواد ما عدا المواد التجارية و ما عدا ما كان منها «هي جميع المواد ما عدا المواد التجارية و ما عدا ما كان منها «المطروعية البائم (۱)» ويكرر لفظ «المطروعية «هذه في نصوص اخرى (۱۷) وكثيرا ما يقول «يتحصل» ويستحصل (۱)» بدلا من «يحصل» ويعبر عن السيد يستقدم الخادم ويتكلم عمن يسجل تسجيلا منتظماً فيقول «من سجل بموافقة ويتكلم عمن يسجل تسجيلا منتظماً فيقول «من سجل بموافقة (۱۵)» ويقول «من سجل بموافقة (۱۵)» ويقول «من سجل بموافقة (۱۵)» ويقول «من سجل بموافقة (۱۵)» و يقول «من سجل بمولد (۱۵)» و يقولد «من سج

أما الفموض وعدم الأمانة في الترجمة فلا يقل عن الركاكة وضعف الأسلوب، ومن الأمثلة على ذلك المادة ٩٤ أهلى، وهذا هو نصبها الفرنسي "L'obligation n'existe que si elle a une cause certaine ét licite"

والترجمة الصحيحة هي ١٠ لا يوجد الالتزام إلا إذا كان مبنيا على سبب محقق مشروع ١٠ أما واضع النص العربي فترجم المادة كما يأتي • يشترط لصحة التهعدات والعقود أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانونا • فادخل في ترجمته لفظ • العقود • ولا أثر لهذا اللفظ في الأصل ، فأفسد بذلك على واضع النص الفرنسي غرضه ، فقد قصد أن يجعل السبب ركنا في الالتزام لا في العقد ، حتى يصحح بذلك حطا وقع فيه المشرع

⁽۱) انظر م ۲۰۵

^{7 - 9 - (7)}

Y-4 + (T)

⁽٤) م ۱۲۸ و ۱۲۱ و ۱۲۱ و ۱۲۱ و ۱۱۱ و ۱۱۲ و ۲۲۰

^{(°) + °(°)} (°) + °°?

⁽۱۷) استلام ۲۰۱۰ . (۷) استلام شلام ۲۰۱۰ .

⁽۸) انظر م ۱۷۷ و ۱۷۸ و ۱۷۹ و ۱۷۹ و ۱۸۷ و ۲۱۸ و ۲۱۸ و ۲۱۸ و ۲۱۸ و ۲۱۸ و ۲۸۸ و ۲۸۸ و ۲۸۸ و ۲۸۸ و ۲۸۸ و ۲۸۸ و ۲۸۸

^{1.7 - (4)}

^{37 . . (1 -)}

الفرنسى . وعبر عن وجود الالتزام «بصحته»، والفرق كبير ما بين الوجود والصحة . وترجم السبب المحقق «بالسبب الصحيح» وهذه ترجمة غير نقيقة ، فان السبب لايكون صحيحا الا إذا كان محققا ومشروعا .

وانظر الى المادة ١٣٤ ، ونصها الفرنسي ما يأتى:

L'erreur opère la nullité du consentement quand elle porte sur le rapport principal sous lequel la chose a été envisagée dans le contrat.

وكان الواجب أن تترجم هكذا: والفلط يبطل الرضاء، إذا وقع في الناحية الرئيسية التي اعتبرت في الشيء عند التعاقده، ولكن واضع النص العربي ترجمها بما يأتي والفلط موجب لبطلان الرضاء، متى كان واقعا في اصل الموضوع المعتبر في العقده، وهذه ترجمة غير دقيقة، ولا تكاد تفهم الا بعد الرجوع الى الأصل الفرنسي، وتزيد جسامة هذا العيب في الترجمة، إذا لاحظنا أن واضع النص الفرنسي أراد بنصه أن يهجر النظرية التقليدية في الغلط، ويأخذ بنظرية (الفلط الدافع) التي أخذ بها القضاء الفرنسي، ولايمكن أن نستخلص هذا، على ما له من خطر، من النص العربي، فهو نص يتعشر بين الغصوص وعدم الدقة، ولايكاد يفيد شيئا:

ثم انظر الى المادة ١٣٥، وفيها يضع المشرع المصرى معيارا للاكراه فيشترط أن يكرن شديدا «بعيث يؤثر فى شخص مستقيم الابراك» (personne raisonnable) فيترجم واضع النص العربي هذه العبارة بما يأتى «بحيث يحصل منه تأثير لذوى التمييز».

وانظر بعد ذلك الى المادة ١٣٧ ، وقد أسلفا أنها آية في الايهام. وهذا هو نصبها الفرنسي:

Lorsqu'une personne à stipulé pour un tiers sans mandat, ce tiers à le choix de conformer le contrat ou de refuser de le reconnaître.

ويمكن ترجمة النص بما باتى: «إذا اشترط شخص للغير، دون توكيل، فالغير بالخيار بين أن يقر العقد أو-يرفض الاعتراف به»، وهذه ترجمة إذا كانت مبهمة فذلك يرجع الى أن الأصل ذاته غامض، إذ هو قد ينصرف الى عمل الفضولي أو الى الاشتراط لمصلحة الغير، فجاء المترجم وزاد هذا الغموض ابهاما، إذ وضع النص العربي كما يأتى: «من عقدت على نمته مشارطة، بدون توكيل منه، فله الخيار بين قبولها أو رفضها». فأصبح النصى العربي يتجمل عدا عمل الفضولي والاشتراط لمصلحة الفير التعهد عن الغير ايضا، فان «من عقدت على نمته مشارطة» قد يكون في هذه «المشارطة» دائنا أو مدينا، هذا الى عدم الدقة في ترجمة الاقرار (confirmer) «بالقبول».

ثم اقرا نص المادة ٢٠٩، وهذا هو ، المبالغ المستحقة للأطباء وللأفوكاتية وللمهندسين أجرة سعيهم، وللباعة أثمان المبيعات لغير التجار مطلقا، ولهم فيما عدا ما يتطلق بتجاراتهم الخ ١٠ الا يروعك هذه الغموض المخيم على العبارة من أولها إلى أخرها، فهي تكاد تكون لغزا يتعب الفكر في حله واضع هذا النص يريد أن يقول أن المبالغ المستحقة للأطباء وللمحامين وللمهندسين أجرا على عملهم، وكذلك المبالغ المستحقة للإطباعة ثمنا لما باعوه، سواء تعاملوا مع عير محترف بالتجارة، أو مع تاجر في غير شؤونه التجارية...

وترجم النص العرنسي للمادة ٢٦٥

Lorsque le sendeur aura vendu comme sienne une chose qu'il saura ne pas - " الما يتم الله علي انه مملوك له - « فانا: هذه الترجية من الأصل و كيف يتسد إليا إن ستخاص

له. • فأين هذه الترجمة من الأصل، وكيف يتسمى لما أن نستخلص بوضوح من الترجمة العربية أن البائع يجب أن يكون عالما بنن الشيء المبيع غير مملوك له، كما نقرا دلك صواحة في النص الفرنسي

وحدف المترجم، من ترجمة المادة ٤٦٧، لفظا احتل بحدمه المعنى فالنص الفرنسي يحير للشركاء الأصليين في الشيوع ان يستردوا حصة شائعة باعها أحدهم أما الترجمة العربية لهذا النص متغفل كلمة الأصليين، ويصبح للشركاء في الشيوع، أصليين كانوا أو غير أصليين، حق الاسترداد وهذا غير ما قصده المشرع

وترحمت عبارة الكفالة القضائية (cunton judicianc) الواردة في المادة 244 - بالكفالة التي تؤخذ بالمحاكم أو بناء على حكم .. وهي عبارة مضطربة مبهمة

ويطول بنا الأمر لو تعقبنا مشرعدا المصرى في غموضه وعدم دقته . ويكفى أن نشير الى بعض النصوص كالعواد ١٤٢ و ١٦٧ و ١٩٦ و ٢٦٧ و ٧٧٠ و ٣٨٣ و ٥٣٨ و ٥٣٩ . وفي بعضبها حنف، وفي البعض، الأخر زيادة، وفي اكثرهما غموض، واضطراب يفسد المعنى، أو يجمله مغلقا عسير الفهم.

الخطا في الشرجمة: على أن الأمر يزيد خطورة إذا جاوز المترجم عدم الدقة في الترجمة الى الوقوع في اخطاء جوهرية.

ومن يقرأ المادتين ٨٤ و ٨٥ في نصبهما العربي لايكاد يصدق أن هذا النص ترجمة للأصل الفرنسي . فان المادة ٨٤ تنص على أنه ١٧ يسري حكم تملك العقار بمضى المدة الطويلة على من يكون مفقود الأهلية شرعاه . وهذا هو

La prescription acquisitive, en matière immobiliére, ne court pas contre ceux sont qui légalement incapables.

وتنص المادة ٨٥ على انه لاتسرى كذلك دعلى مفقود الأملية المنكورة احكام ما عدا ذلك من انواع التمك بمضى المدة الطويلة متى كان المعتبر فيها ازيد من خمس سنوات ، وهذا هو الأصل الفرنسى:

Aucune autre prescription de plus decing années, ne court contre ces mêmes incapables.

المسقط قلا يوقفه الا إذا كان طويلا . فأين هذا من النص العربي المضطرب المقيم ؟

وترجمت عبارة دممل الالتزام» (objet de l'obligation) الواردة في المادة ٩٥ بعبارة «الفرض من التمهد». وترجمة «المحل» دبالغرض» ترجمة مشوهة، لاتجعل النص مفهوما ، وتخلط مابين المحل والسبب» إذ السبب هو الفرض الذي يقصد اليه الملتزم من وراء التزام». فمن يفهم «الفرض من التمهد» بمعنى دسبب الالتزام»، لايكون متعسفا في الفهم. ومع ذلك فان المشرع اراد أن يذكر المحل لا السبب.

ونتكر مثلاً أخيرا هو المادة ١٣٦، واليك النصن الفرنسي لهذه المادة:

Le dol vicie le consentement quand les manoetivres pratiquées contre la partie sont telles que, sans ces manoeuvres, elle n'aurait pas contracté.

والترجمة الصحيحة لهذا النص هي: «يفسد التدليس الرضاء، إذا كانت الجيل المستعملة ضد المتعاقد من الخطر بحيث أنه لولاها لما رضيء. وظاهر أن المشرع لايشترط أن تكون الديل المستعملة ضد أحد المتماقدين صادرة من المتعاقد الآخر . وقد كان في هذا متقدما على المشرع الفرنسي تقدما جديرا بالثناء . فان القانون الفرنسي (م ١١١٦) تقيد بالقاعدة العثيقة الموروثة عن القانون الروماني، وأوجب أن يكون التبليس مبادرا من المتعاقد الآخر ، فأنظر بعد ذلك إلى مافعله مترجمنا وكيف افسد على المشرع المصرى غرضه إذ ترجم النص المتقدم بما يأتي: والتدليس موجب لعدم صحة الرضاء، إذا كان رضاء أحد المتعاقدين مترتبا على العيل المستعملة له من المتعاقد الآخر، بحيث لولاها لما رضى ، فأوجب بذلك أن يكون التدليس صادرا من المتعاقد الآخر، وعاد الى الحكم المنتقد الذي اراد مشرعنا أن يهجره وأعجب لهذه الصدفة العمياء التي قضت علينا أن نقع فيما أردنا التخلص منه، وأن يتعثر مشرعنا ، من حيث لايحتسب ، في ذيل هذا الخطأ الشنيع الذي وقع فيه مترجمنا، فينعكس عليه غرضه، ويلتوى به قصده، ويترجم كلامه مشوها ممسوخاء

ثانيا: تقدم التشريعات الحديثة

حركة التقنين في العالم: نعتقد أن ما عددناه من عيوب تشريعنا كاف للاقناع بوجوب تنقيحه ، فإذا أضفنا الى نلك أنه في غضون الخمسين من الأعوام التي مرت على تشريعنا ، صدرت تشريعات أجنبية تفضل من وجوه كثيرة التشريع الفرنسي الذي نقلنا عنه ، فالفرصة أذن سائحة ، عند تنقيح تشريعنا ، لأن نقتبس من هذه التشريعات ، وهي شرة تجارب أمم عظيمة ، ما يتلاثم مع حالتنا ، تبين لنا إلى أي حد نحن في حاجة إلى هذا التنقيح .

وسنذكر في مكان آخر كيف يمكن أن نستفيد من هذه التشريعات. ونكتفي هنا بوصف حركة التقنين في العالم، ونقف عند التقنينات الهامة التي صدرت بعد تقنيناتنا.

يمكن القول أن القرن التاسع عشر كان مبدأ عصر التقنين. فما كاد يظهر التقنين الفرنسى في أول ذلك القرن حتى تلته تقنينات كثيرة في أنحاء مختلفة من العالم. فظهر التقنين النمساوي في سنة ١٨١٧. ونقلت إيطاليا وهولندا ورومانيا وأسبانيا والبرتغال وتونس ومراكش والولايات الجنوبية من كندا وكثير من الدول الأمريكية الجنوبية عن التقنين الفرنسي. وكذلك فعلت اليابان في سنة ١٨٩٦.

ثم صدر التقنين الألماني وصار نافذا في سنة ١٩٠٠، والتقنين السويسري في سنة ١٩٠٠، والتقنين السويسري في اول السويسري في سنة ١٩٩٦)، وكذلك التقنين سنى الحرب الكبري (سنة ١٩١٤)، وكذلك التقنين البرازيلي في سنة ١٩٢٦، وتقنين السوفييت في سنة ١٩٢٣، والتقنين البناني في سنة ١٩٢٧، والتقنين اللبناني في سنة ١٩٣٧،

هناك مشروعات تقنين كثيرة اهمها المشروع الفرنسى الايطالي والمشروع البولوني والمشروع التشيكوسلوفاكي.

ويمكن تقسيم قوانين العالم المعروفة في العصر الحاضر الى طوائف أربع : (أولا) القوانين اللاتينية ، ويمثلها القانون الفرنسي العتيق والمشروع الفرنسي الإيطالي الحديث ، وهذان هما طرفا السلسلة في هذه القوانين . (ثانيا) القوانين الجرمانية . ويمثلها القانون الأماني والقانون السويسري . (ثالثا) القانون الانجليزي . (رابعا) الشريعة الاسلامية . اما الشريعة الاسلامية فسنعقد لها بحثا خاص فيما يلى، نبين فيه الى اي حد الهذه مشرعنا منها وإلى اي حد يمكنه أن يأخذ، ولما كان القانون الانجليزي غربيا عنا ولم نالفه، فمن البعيد أن نستفيد منه كثيرا عند مراجعة تشريعنا، لذلك نفقله في بحثنا هذا، وتبقى القوانين اللاتينية، نأخذ من الأولى أهمها وهما القانون الاكماني والقانون السويسري، وناخذ من الأولى أهمها وهما المشروع الفرنسي الإيطالي، وهذه هي الجديرة بأن تكون محلا للنظر إذا أردنا أن ستعد من حركة التقنيل الحديثة.

ونعن نصف وصفا موجزا كلا من هذه التقنينيات الثلاثة.

1_ القانون الألماني

تاريخ وضع التقنين ألأهاني: يعد القانون الأماني اضخم تقنين
صدر في العصر الحديث، ولمل كلمة والضخامة وهي اللفظ الذي يتفق مع
الطابع الأثماني، فيكاد بكون كل شيء لهم ضخما، رزقوا الضخامة في
العلم وفي الصناعة وفي الحرب وفي السياسة وفي التشريع، وامتازوا
بالضخامة حتى في اللغة، وحتى في الجسم، والقانون الأثماني خلاصة
النظريات العلمية الأثمانية مدى قرن كامل، وهو يبز من الناحية الفقهية
اي قانون أخر، فقد اتبع طريقة تعتبر من ادق الطرق العلمية واقربها
للمنطق القانوني، ولكن هذا كان عائقا له عن الانتشار، فان تعقيده الغني
ودفته العلمية اقصياه بعض الشيء عن منحى الحياة العملية، وجعلاه
مغلق التركيب عسر الفهم

وقد كان القانون الروماني، باسم قانون البندكة (Pandectes)، هو الذي يطبق في البلاد الألمانية، قبل صعور هذا التقنين. وكانت العادات الجرمانية تطبق أيضا الى جانب القانون الروماني. وقد صدرت مجموعات مقننة في بعض البلاد الجرمانية ترجع الى عهد بعيد، اهمها التقنين البروسي المعروف باسم قانون فردريك الأكبر، بدا تحضيره في سنة ١٧٧٦ وكنك القانون الذي عمل به الا في سنة ١٧٧٤. وكنك القانون النساوي الذي عمل به في سنة ١٨٩٦، وهو القانون الذي عمل به في سنة ١٨٩٦، وهو القانون الذي عمل في السنين الأولى من الجرب الكبري كما سبقت الاشارة الى نلك.

ثم قام في أوائل القرن التاسع عشر فقيه الماني معروف (Thinault)، ينادي بتوحيد القوانين الجرمانية وتقنينها، فقام في وجهه الفقيه الألماني الكبير سافيني (Savigny)، زعيم المدرسة التاريخية في القانون، وناهضه مناهضة عنيفة، محتجا بأن القانون لايجوز تقنينه، إذ أن التقنين يعوق تطوره ويقضي عليه بالجمود، ونجح سافيني فيما دعا اليه، فأخر بذلك التقنين الألماني دهوا.

على أن فكرة التقنين العام الشامل للقوانين الجرمانية لم تخمد، بل اخذت تنتشر في شيء من البطء، ثم نشطت حركتها على اثر تقرير شيء من الوحدة للامبراطورية الألمانية في منتصف القرن التاسع عشر، وعندما تكون اتحاد الشمال الجرماني وجدت هيئة تشريعية مركزية ذات اختصاص ضيق لهذا الاتحاد ثم تألفت في سنة ١٨٦٠ جمعية من الفقهاء الألمان والنمساويين (Jurstentag) تعمل لتوحيد القوانين الجرمانية وتقنينها، فعقدت الجمعية عدة مؤتمرات خلصت منها بمشروع لقانون الاتزامات هو المعروف بمشروع درسد (Dresde).

ولما توحدت الأمبراطورية الألمانية في سنة ١٨٧٠ ، جعل التشريع المدنى من اختصاص الهيئة التشريعية المركزية، فشكل مجلس البوندسرات (Bundesrath) في سنة ك٨٧٤ لجنة لتحضير خطة عامة لتقنين مدنى . ولما وضعت هذه الخطة ، تألفت لجنة مشكلة من أحد عشر عضوا، كلهم من الفقهاء والقضاة، وقد قام كل عضو بكتابة النصوص في موضوع من موضوعات القانون وكل اليه، والحذت هذه اللجنة بمشروع درسد في الالتزامات وتم بذلك تحضير مشروعات ابتدائية كاملة النصوص في سنة ١٨٨٠. واجتمعت اللجنة بعد ذلك لتناقش هذه المشروعات، وظلت في عملها حتى سنة ١٨٨٧، فأخرجت والمشروع الأول؛ للقانون الألماني - وبشر هذا المشروع رسميا للاستفتاء في سنة ١٩٨٨ . فتولاه الراي العام بالتمجيص والنقد ، ونشرت أبحاث كثيرة متنوعة، من مقالات ورسائل ومشروعات معارضة، كتبها المشتغلون بالقانون في المانيا يبحثون ميها المشروع المعروض للاستفتاء من جميم تواحيه . وقد لوحظ بوجه عام على المشروع أن لغته أقرب للفقه منها ألى التشريم، وأن نفوذ القانون الروماني متفلقل فيه، ومن أجل هذا قام في وجهه جبيرك (Gierke)، الفقيه الألماني المعروف، وكان من اكبر الدعاة لوجوب الأخذ بالعادات الجرمانية إنهى قوانين البلاد الأصلية، ونادى بوجوب تفليب هذه العادات على القانون الرومانى الدخيل فى التقنين الجبيد.

فشكل مجلس البوندسرات في سنة ١٨٩٠ لجنة آخرى من اثنين وعشرين عضوا، جمعت إلى رجال القانون رجال الصناعة والتجارة والمال وكبار العلاك، واتخزت في تعديله، وكلما أنجزت جزءا نشرته للاستفتاء، فانتهى «المشروع الثانى» في سنة ١٨٩٥، ثم عادت اللجنة إلى مراجعة هذا المشروع في ضوء ما حصلت عليه من نتائج الاستفتاء (الذي قامت به، فعدلت منه أيضا، وعرض هذا المشروع الثاني المعدل (المشروع الثالث) على مجلس البوندسرات في يناير سنة ١٨٩٩، بعد الروماني، فنظر فيه هذا المجلس، وإحاله، وقد أصبح «مشروعا رابعا»،

واتفقت الحكومة مع الأعزاب السياسية على أن تقصر الأحزاب حقها في طلب التعديل على المسائل السياسية والاجتماعية والدينية، تاركة مسائل السياغة القانونية كما هي دون تعديل حتى لا يختل تناسقها. والف مجلس الريشستاج لجنة مثلت فيها كل الأحزاب. وقد اقترحت هذه اللجنة ما راته من التعديلات في حدود ما سبق الاتفاق عليه. فكان ذلك سبيا في سهولة وسرعة موافقة المجلس على المشروع، إذ وافق عليه في أول يوليه سنة ١٨٩٦. وفق عليه في مجلس البوندسرات، وكان قد عرض عليه أولا كما قدمنا. ثم ختمه الامبراطور في ١٨ اغسطس سنة ١٨٩٦، واصدره في ٢٤ اغسطس سنة ١٨٩٦، واصدره في ١٩٥٤.

هذا هو تاريخ موجز للتقنين الألماني، نرى منه قدر العناية التي
بنلها الألمان فيه، فقد معرفت اللجان والمجالس المختلفة في دراسته اكثر
من عشرين عاما، وتحضير هذا التقنين يمتاز يما يأتي: (١) هذه المدة
الطويلة التي معرفت في وضعه، حتى صار محكما نقيقاً، وقد جمع الفقه
الألماني في ارقى مراحله، (٢) اشتراك غير القانونيين، من رجال
المسناعة والمال وكبار الملاك، في تحضيره، وهذا ما جعله ثمرة التجارب

العملية، كما هو خلاصة النظريات الفقهية والثقاليد القضائية. (٣) طرق الاستفتاء الواسعة المختلفة التي كان محلا لها ، مما ساعد على تمحيصه تمحيصاً دقيقا وسمح لعدد كبير من المشتغلين بالقانون بالمساهمة في تحضيره . كل بما وسعته طاقته . وهذه دروس يجب أن نستهيد منها عند مراجعة تشريعنا المدنى .

توتيب التقنين الألماني اما ترتيب هذا التقنين، فقد احتذى واضعوه فيه مثل الباندكت الرومانية، فجاء في خمسة كتب. خصص الكتاب الأول منها لمقدمة عامة، عرضت للأحكام المتعلقة بالشخص وبالشيء وبالعمل القانوني، وانتهت بأحكام في مضى المدة المسقط وكيفية استعمال الحق. وعرض المشرع الألماني عند الكلام في الأشخاص للشخصية المعنوية والجمعيات والمنشأت، وعند الكلام في العمل القانوني لموضوعات كثيرة من نظرية الالتزام. كالأهلية والعقد والنيابة والالتزامات الموصوفة، مما جعل هذه النظرية تتوزع بين المقدمة والكتاب الأول توزعا ليس من شأنه أن يسهل البحث، ووردت نظرية سوء استعمال الحقوق.

اما الكتب الأربعة الأخرى، فالاثنان الأخيران خصصا لقانون الأسرة والميرات، والكتابان الأولان لقانون المعاملات، اشتمل احدهما على ما بقى من نظرية الالتزام، والثانى عرض للأشياء، فيدا بالحيازة، وأخذ فيها بأحدث النظريات، ثم استعرض اسباب اكتساب الملكية، وقد عدلت تعديلاً حو هربا بسبب ابخال نظام السجل العقاري.

تقدير هذا التقفين. ولاشك في ان هناك كثير من الدروس يمكن استخلاصها من قانون المعاملات في التقنين الألمان، والاستفادة منها عند مراجعة تشريعنا المدنى، وقد قدرت اللجنة الرسمية الفرنسية، التي قامت بترجمة القانون الألماني إلى اللغة الفرنسية والتعليق عليه، هذا القسم من التقنين تقديرا كبيرا من ناحية القانون العقارن(١٠).

وقدر التقنين الألماني تقديرا مختلفا ، فذكرت محاسنه وعيوبه ، فكتب . المستاذ جويميه (Goudemet) ، في مقاله المنشور في كتاب العيد المنشفي

⁽١) انظر مقدمة هذه الترجمة جزء أول من ٢٥ ـ ٢٦

⁽م ٦ - مقالات د . السنهوري حد ١)

للقانون الفرنسي(١) ، عن هذا التقنين ما ياتى : وظهر التقنين الألمانى ، وهو أية من أيات الفن والعلم ، كخلاصة نفيسة للنتائج التى وصل إليها وهو أية من أيات الفن والعلم ، كخلاصة نفيسة للنتائج التى وصل إليها الققة الألمانى في غضون القون التاسع عشر ، سواء فى دائرة الياندكت من الشواع يرى أن هذا التقنين من الناحية الاجتماعية لا يسد كل الحاجات التي تتطلبها دولة ديمقراطية ، وقد قيل عن التقنين الأمانى ، كما قيل عن التقنين الأمانى ، كما قيل عن التقنين الفرنسى ، أنه تشريع مفرق فى نزعته والبرجوازية ، ، وقد وضع ليحمى مصالح الطبقات المالكة ، ولا يفسح إلا مكانا ضبيقاً للأفكار المحديثة ، التي تقضى بحماية الضعيف وبتوثيق التضامن الاجتماعى » .

وبعد أن نكر الأستاذ جوسران محاسن هذا التقنين من حيث نضوجه ، ومن حيث أنه جمع خلاصة الفقه القانوني في القرن التاسع عشر . قال ما يأتي ، وله ، إلى جانب مزاياه التي لا نزاع فيها ، عبوب لاتقل عنها تعقيقا . فهو عمل نظري في جوهره ، وقد كتب باسلوب ثقيل لا يستمرا ، واجتمعت فيه الصنعة والتجريد . وقد أراد المشرع الألماني أن يضع حلا لكل شيء ، وأن يفترض كل الفروض ، مستمينا في هذا بصناعة سار فيها إلى أبعد شوط . وإذا كان قد نجح في هذا بعض النجاح ، فقد خسر في سبيل هذا النجاح مزيتي الوضوح والنزعة العملية . ولا شك في أن العمل جليل يعلى الاحترام ، ولكنه كان مجهودا فقهيا أكثر منه مجهودا عمليا تسري فيه روح الحياة .") .

ب القانون السويسري

توثيب هذا التقفين - ينقسم القانون السويسرى إلى قسمين منفسلين المدها عن الأخر - الأول القانون المدنى ويشتمل على اربعة كتب ، احدها في الأشخاص المقيقية والاعتبارية ، والثاني في قانون الأسرة ، والثالث في الميرات والوصية ، والرابع في المقوق المينية . والقسم الثاني في قانون الالتزامات ، ويتضمن ثلاثة أبواب ، أولها يضع نظرية عمة قانون الالتزامات ، ويتضمن ثلاثة أبواب ، أولها يضع نظرية عمة

⁽۱) جزء ۲ من ۹۹۹

⁽۲) انظر جوسران ۱ صل ۵۲ ـ انظر أيضا الأستاذ والتون مي مقاله العنشور بمجلة مصر المصرية سنة ١٩١٦ مجلد من ١٨٦ ـ ١٨٤.

للالتزامات ومصادرها ، والثاني يتناول العقود المدنية ، والثالث يتكلم في العقود والأوراق والدفاتر التجارية .

ومن ذلك نرى أن المشرع السويسري يدمج القانون التجاري في قانون الالتزامات، ويفصل ما بين الالتزامات وبقية أجزاء القانون المدني. والسبب في ذلك يرجع إلى اعتبارات تاريخية، لا إلى طريقة علمية قصد اتباعها.

تاريخ وضعه وذلك ان جمهورية الاتحاد السويسري فكرت اول الأمر في تقنين تشريعاتها التجارية. فشكلت لجنة في سنة ١٨٦٣ من بعض اساتذة القانون لبحث مشروع للقانون التجاري وضعه احد اعضاء اللجنة ، الأستاذ منتسنجر (مسروع للقانون التجاري يشمل القانون التجاري وبعض قانون الالتزامات. ثم انعقد مؤتمر من نواب المقاطعات السويسرية لمناقشة هذا المشروع ، فاقترح المؤتمر أن يكون المشروع شاملا لكل قانون الالتزامات إلى جانب القانون التجاري . فوضع الأستاذ منتسنجر مشروعا جديدا يحقق هذه الرغبة في سنة ١٨٧١ ، وقد اتخذ مشروع درسد الألماني ، الذي سبقت الاشارة إليه ، اساسا لعمله .

ثم صدر دستور جديد لجمهورية الاتحاد السويسرى في سنة ١٨٧٣ ، يعطى هيئة التشريع المركزية حق التشريع في مواد الأهلية وجميع المسائل المتعلقة بالتجارة والتعامل في المنقول . وجعله شاملا لجميع قانون الالتزامات والقانون التجارى، ليكون ذلك قانونا عاما لجميع الولايات السويسرية . إذ أن هذا داخل في اختصاص الهيئة التشريعية المركزية وفقا للدستور الجديد .

فقدم الأستاذ فيك عبر ، بعد موت الأستاذ منتسنجر ، مشروعه الأول في سنة ١٨٧٥ . وتشكلت لجنة من بعض الأساتذة والقضاة لبحث هذا المشروع ، فبحثته ونشرته للاستفتاء في سنة ١٨٧٧ . ثم اعادت بحثه مرة ثانية ، بعد زيادة في اعضاء اللجنة ، فبسطت من عبارته ، وزادت في وضوحه . وعرض المشروع على الهيئة التشريعية في سنة ١٨٧٩ ، فأعادته لمراجعته في بعض لجزائه . ثم وافقت عليه جملة واحدة في سنة فأعادته لمراجعته في بعض لجزائه . ثم وافقت عليه جملة واحدة في سنة به من أول يناير سنة ١٨٨٣ . وهذا هو قانون الالتزامات السويسرى في صورته الأولى .

ويتبين مما تقدم أن السبب في فصل قانون الالتزامات عن بقية أجزاء القانون المدنى يرجع إلى اعتبارات يستورية. فقد رأينا أن يستور سنة ١٨٧٧ لم يكن يعطى الهيئة التشريعية المركزية في جمهورية الاتحاد حق التشريع إلا في المسائل التجارية وفي موضوع الالتزامات. فصدر التشريع المركزي مقصورا على هذه الموضوعات ولما روجع يستور الاتحاد في سنة ١٨٩٨ اعطيت الجكومة المركزية حق التشريع في جميع مسائل القانون المدنى فاعتزمت الحكومة على تكملة التقنين المدنى، وعلى مراجعة قانون الالتزامات في الوقت ذاته، لسرعة تطور التشريع في العصور الحديثة(١).

فيدا الأستاذ (Huter) بوضع مشروع للقانون المدنى يكمل قانون الالثنامات. ثم راجع بعد ذلك قانون الالتزامات، وجعله الباب الأخير من مشروع القانون المدنى، واحيل المشروعان على لجان مشكلة من بعض الأسائذة والقضاة. وعرضا بعد ذلك على الهيئة التشريعية المركزية. فاقرت هذه الهيئة القانون الالتزامات في سنة عانون الالتزامات في سنة ١٩٠٧، وتقرر أن يعمل بهذا القانون في أول يناير سنة ١٩١٧

ثم شكلت لجنة جديدة، من اساتذة وقضاة ايضا، لاعادة مراجعة المسروع المعدل لقانون الالتزامات، فقدمت اللجنة مشروعا نهائيا إلى الميئة التشريعية مى سنة ١٩٩١، فاقرته هذه الهيئة في سنة ١٩٩١، على أن يعمل به هو والقانون المدنى معافى أول يناير سنة ١٩٩٣، وهذا هو قانون الالتزامات السويسري في صورته الحاضرة.

وقد بقى منفصلا عن القانون المدنى كما كان الأمر من قبل، لأن مراجعته لم تكن كاملة، بل بقى الجزء الخاص بالقانون التجارى على حاله

⁽۱) فادا كان السويسريون قد أحسوا ضرورة مراجعة تقنينهم ولم يمضر عليه أكثر من خمسة وعشرين عاما ، مع أنه صدر في نفس الوقت الذي صدر فيه تقبيما (سعة ۱۸۸۱ وسنة ۱۸۸۳)، وكان وضعه أكثر دقة وأشد حكاما ، فما أحرجما اليوم ، وقد مضى على القانون المصري خمسون عاما ، إلى هذه المراجعة اليوم ، وقد مضى على القانون المصري خمسون عاما ، إلى هذه المراجعة

كما كان في سنة ١٨٨٣ ، إذ ضاق الوقت عن مراجعته ، بعد أن اعتزم العمل بقانون الالتزامات مع القانون المدنى في سنة ١٩٩٢ . ويقول السويسريون ، تبريرا لعدم توحيد القانون المدنى ، أن قانون الالتزامات (وقد اكتفى بجعله الكتاب الخامس ، مكملا بذلك كتب القانون المدنى الأربعة دون أن يدمج فيها) قانون قائم بذاته ، له تقاليد مستقلة ، وتاريخ قديم ، وقد الفت الناس الإشارة إلى نصوصه ، فلا يضر وحدة التشريع ، فأرة منفصلا ماديا محضا(١٠).

ومما هو جدير بالذكر أن التقنين السويسرى صدر بلغات ثلاث، الألمانية والفرنسية والايطالية، وكلها لغات رسمية للقانون. وقد اقتضت ذلك حالة سويسرا من حيث تعدد اللغات فيها.

ونحن إذا عرضنا لكيفية تحضير التقنينات الحديثة، فذلك لنستخلص منها دروسا نافعة، نستفيد منها في وضع نظام للاجراءات التي يحسن التباعها في مراجعة تشريعنا، ويلفت النظر في تاريخ تحضير التقنين السويسري ان هذا التقنين قام على اكتاف الأساتذة، بل أن الذي كان يضع المشروعات الأولى هو استاذ واحد (منتسنجر - فيك - هوبر)، ثم تبحث المشروع لجنة مشكلة من اساتذة وقضاة، وهذا يختلف عن تحضير التقنين الأماني، فقد اشترك فيه رجال غير قانونيين كما قدمنا، وقام بوضع نصوص المشروع الأول احد عشر شخصا لا شخص واحد.

وكان المنتظر أن يكون التقنين السويسرى، وهو من عمل الأسائذة، عملا فقهيا، فإذا به نو صبغة عملية بارزة، كما سنبين نلك، أما التقنين الألماني، وقد اشترك في تحضيره رجال عمليون، فصبغته الفقهية وأضحة مشهورة، وقد سلفت الاشارة إليها.

تقديره يمناز التقنين السويسرى بالوضوح والبساطة، فيتغاير بهذا مع التقنين الأمانى المغلق المعقد وهو يجمع إلى الوضوح والبساطة الدقة والتعشى مع أحدث النظريات

⁽۱) انظر شنيدر وفيك في قانون الالتزامات السويسري من ٧- وتقرير لجبة العجلس التشريعي الاتحادي في وثائق هذا العجلس سنة ١٩١١ العجلد الأول من

العلمية، ففيه تجتمع مزايا التقنين الألماني من حيث القيمة الفنية ، ومزايا التقنين الفرنسي من حيث السلاسة والوضوح .

فهو مثل عال من مثل التشريع، من ناحية الشكل ومن ناحية الموضوع، ووضوحه كان سببا في انتشاره انتشارا سريعا وامسيح شأنه من حيث الذيوع في القرن العشرين شأن التقنين الفرنسي في القرن التاسع عشر. وقد بلغ الأمر ببعض الأمم، كالترك، أن اتخذته تشريعا لها جملة واحدة، وأثرته على جميع التقنينات الفربية عند ما أرادت الانتقال من الشريعة الإسلامية الى التشريع الأوروبي، ولا شك في أن هناك دروسا نافعة كثيرة يمكننا أخذها من هذا التقنين عند مراجعة تشريعنا.

ويفخر السويسريون بأن تقنينهم من نسج ايديهم، لم ينحوا فيه منحى التقليد المجرد. وفي هذا يقول الأستاذ روسل (Rossel)\(^{\)}\). «قد استمددنا القانون المدنى السويسرى من مصادر هي مصادرنا . وقد استطعنا ان نتجنب الاستمداد من التشريمات الأخرى . وإذا كان طبيعيا أن توجد مسائل مشتركة بين تقنيننا والتقنين الأماني أو التقنين الفرنسي ، فتقنيننا ليس مدينا لأي من التقنينين ، أو هو على الأقل ليس مدينا لهما إلا في بعض مدينا لأي من التقنينية ، وبقدر واحد تقريبا بالنسبة لكل منهما ، ويمكن القول أن تقنيننا قد نسج على منوال طباعنا واخلاقنا وعقليتنا ، إذ أنه حقا نشريع سويسرى قبل كل شيء ، وهذا وصف رائع لما يجب أن تكون عليه تشريهات الأمم ، وأن كان فيه شيء من المبالغة من حيث اجتناب الاقتباس من التشريهات الأجنبة

وليس السويسريون وحدهم هم الذين يعجبون بتقنينهم، بل يشترك عى هذا الاعجاب كثير من العلماء الأجانب. فيرى الأستاذ جودميه أن التقنين السويسرى قد امتاز ببساطته، وبتجنبه للتعقيدات الفقهية، وبصبغته العملية السائدة، وقد حقق، بهذا الوضوح وبهذه البساطة، إلى اقصى حد ممكن، المثل الأعلى لتشريع ديموقراطي^(؟). ويرى الأستاذ

⁽١) القانون المدنى السويسري ـ لوزان ص ٨ ـ ٩

^{- (}٢) المقال المنشور في كتاب الفيد المثيني للقانون الفرنسي جزء ٢ ص ٩٦٩ ـ

جوسران أن التقنين السويسرى قد فاق التقنين الألماني من وجوه كثيرة ، فهو أكثر مرونة ، وأقل صبغة فقهية ، وأكثر قبولا للأفكار الحديثة في المساواة والتضامن الاجتماعي ، وهو لم يحاول أن يوجد حلا لكل فرض ، بل ترك للقاضي وللفقيه حرية واسعة في التقدير وفي الاجتهاد واكتفى بتقرير المباديء العامة ، فأمن بذلك أن يشل تشريعه من تطور القانون(۱) . ويرى الأستاذ والتون أن التقنين السويسرى هو خير تشريع تحتذيه أمة تريد أن تقتبس من التشريعات الأجنبية ، لبساطة عبارته ، ووضوح اسلوبه ، وصبغته العملية(۱).

جـ ـ المشروع الفرنسي الإيطالي

تاريخ وضعه: المشروع الفرنسى الإبطالى هو مجرد مشروع لم يتخذ بعد قانونا ولكنه مع ذلك صار موضوعا لدراسات متعددة، إذ هو خلاصة القوانين اللاتينية ، جددت حتى صارت تماشى العصر . وهو يصلح أن يكون مشروعا لمراجعة القانون الإيطالي والقوانين اللاتينية الأخرى . فأصبحت دراسته عنصرا من عناصر القانون العقارة . ويوضع عادة رمزا للروح اللاتينية ، إلى جانب القوانين الألماني والسويسرى رمز الروح الدادة .

بدا وضع المشروع في اواخر الحرب العظمي، في سنة ١٩١٨ الذ قام الأستاذ شيالويا (Scralog) الفقيه الإيطالي المعروف، ينادي بتوحيد القانونين الفرنسي والإيطالي، ليكون ذلك اساسا لتوحيد القانون في اكثر بلاد العالم، فلقي من الأساتذة الفرنسيين، لا سيما الأستاذ لارنود (عدم عميد كلية القانون بباريس في ذلك الوقت، ترحيبا بدعوته، والفت لجنتان، احداهما فرنسية براسة الأستاذ لارنود، والأخرى ايطالية براسة الأستاذ شيالويا، وكان اعضاء اللجنتين من الأساتذة والقضاة والمحامين والوزراء السابقين واعضاء الهيئات التشريعية وكبار الموظفين، واتفقت اللجنتان على أن بيدا اعملهما بقانوني اللالتزامات

⁽۱) جوسران ۱ فقرة ۹۳

⁽٢) مجلة مصر العصرية سنة ١٩١٦ مجلد ٧ من ١٨٧ و من ١٨٤

وتحولت اللجنة الايطالية إلى لجنة رسمية، واختصت بمصادر الالتزام وانواعه المختلفة. أما اللجنة الفرنسية فبقيت غير رسمية مدة طويلة، واختصت بأثار الالتزام وطرق اثباته، ثم تحولت بعد ذلك إلى لجنة رسمية. وما لبثت اللجنة الايطالية أن حلت محلها لجان متعاقبة، تكمل كل لجنة اعمال سابقتها.

وبقیت اللجنتان الفرنسیة والایطالیة، بعد ان اصبحتا رسمیتین، تعملان، وتتصل احداهما بالأخرى، اما بطریق اجتماعات دوریة أو بطریق المراسلة او ایفاد مندوبین، حتى انتهتا من عملهما فأتمتا مشروع تقنین فی موضوع الالتزامات والعقود، كتب باللغتین الفرنسیة والایطالیة، وارفق به تقریر تفسیری، وقدم للحکومتین فی سنة ۱۹۲۸.

توتيبه فالمشروع مقصور إنن على الالتزامات والعقود ويضع اللب الأول منه نظرية عامة للالتزامات، وهو مقسم إلى سنة فصول، نبجت في مصادر الالتزامات العوصوفة وانقضاء الالتزامات ونقلها وطرق اثباتها، ويعقب اللباب الأول أبواب كثيرة، عقد كل باب منها لعقد من العقود المعينة، فيسط المشروع أحكام عقود البيع والمقايضة والايجار والعمل والاستصناع والشركة والوكالة والصلح والايراد المؤبد والايراد المرتب طول الحياة والرهان وعارية الاستعمال وعارية الاستهلاك والوديمة والحراسة والنقل والنزول في الفنادق (Hofelleric) ورهن الحيازة في المنقول وفي المقار والكفالة.

تقديره والمطلع على المشروع لا يسعه إلا أن يعجب بالمجهود الكبير الذي قام به واضعوه. فقد كلفهم هذا العمل جهود عشرة أعوام لم تذهب عبثاً. فخرجوا بعمل تشريعي يستوقف النظر، ويكسب القوانين اللاتينية المتيقة جدة لم تكن لها ، وينفخ فيها روح العصر الذي نعيش فيه . وهو من الناحيتين الشكلية والموضوعية يفضل التقنين الفرنسي والإيطالي اللذين يراد به أن يجل محلهما . ولا شك في أن دراسة هذا المشروع ضرورية لنا عند ما نريد مراجعة تشريعنا ، إذ هو نواة صالحة لمراجعة ماكان مصدره لاتينيا من القوانين، كقانوننا المصري وقد ذهب البعض ماكان مصدره لاتينيا من القوانين، كقانوننا المصري وقد ذهب البعض عرب منعدل به قانوننا

في الالتزامات وفي العقود^(۱). ونحن وان كنا لا نذهب إلى هذا الحد، لا نشك في امكان الاستفادة من المشروع الفرنسي الايطالي عند مراجعة تشريعنا الحاضر . فقد توخي في وضعه قدر كبير من الدقة، وادخل فيه كثير من النظريات القانونية الحديثة.

واليك ما يقوله واضعو المشروع في التقرير التفسيري الذي ارفقوا به مشروعهم القد كان المشروع الذي خلص من هذا التعاون في العمل غرة مجهود أخوى منظم من جانب فقهاء البلدين الشقيقين. وقد بنل هولاء الفقهاء ما في وسعهم حتى يخلقوا بمجهودهم المشترك من القواعد القانونية ما يصح أن يمثل، في كل بلد من البلدين، أرقى نظام قانوني يطلبه العلم والعمل فأوجدوا بنلك أول نموذج جدى لما يمكن أن يكون عليه، في المستقبل القريب أو البعيد، قانون خاص جديد لأوروبا، يكون مشتركا بين جميع الأمم، أو بين طائفة كبرى من هذه الأمم الأوروبية، بل ومن أمم أخرى وراء البحار فنحن تعجلنا بنلك أعمال معهد توحيد بل ومن أمم أخرى وراء البحار فنحن تعجلنا بنلك أعمال معهد توحيد القانون عالمي مشتركاً،

وقد اقتبس واضعو المشروع، كما ينكرون في تقريرهم^(٣)، بعض الأحكام من القانون الألماني والقانون السويسري والقانون النمساوي والقانون البرازيلي وغيرها من القوانين الأخرى، حتى يجعلوا المشروع نواة صالحة لتوحيد القوانين المتحضرة في العالم

والظاهر أن المشروع كان له صدى واسع فى البلاد التى تأثرت بالقوانين اللاتينية. فقد ترجمته رومانيا ترجمة رسمية تمهيدا لاتخاذه تشريعا لها وإتخذته البانيا بالفعل تشريعا لها فى نفس السنة التى ظهر فيها. وتتتبعه بلاد اخرى باهتمام كبير، كاليونان وبولونيا ويرجوسلافيا وبلجيكا وأمريكا اللاتنية

⁽۱) انظر محاضرة الأستاذ بوليه (Boyé) المبشورة هي مجلة مصر العصرية مجلد ۲۳ ص ۲۸ ـ ص ۳۹ ويشير الأستاذ بوليه. في محاضرة اخرى، باتحاد المشروع الفرنسي الايطالي مصدرا تشتق منه المحاكم مبادى القانون الطبيعي والعدالة

⁽٢) من ٣٥ من التقرير

⁽٣) ص ٣٧ من التقرير

والسر في نجاحه ، على ما يظهر ، يرجع إلى انه محافظ على الدوح اللاتينية في بساطتها ووضوحها ، وهو بتعشى في الوقت ذاته مع النظريات الحديثة . وقد وصل الأستاذ بوييه (Boyé) من الغلو في تقديره إلى حد أن فضله على التقنين السويسري من حيث الدقة والتحديد(١٠).

على اننا نرى أن المشروع الفرنسى الإيطالي ، وهو في ذلك ككل تصر تشريعي يرمى إلى توحيد القوانين ما بين الأمم المختلفة ، يحمل أثرا قويا من روح المساومة والرغبة في تسوية الخلاف ما بين التشريعين القلاين يرمى إلى توحيدهما ، وهو يكاد يكون رجعيا في نزعته ، إن يحتفظ اللذين يرمى إلى توحيدهما ، وهو يكاد يكون رجعيا في نزعته ، إن يحتفظ روح اللاتينية إلى حد جعله يضحى من أجل الاحتفاظ بها النعشى مع روح التقدم الحديثة في بعض النواحي حتى لا يستحدث تغييرا كبيرا في به الأمتان من ذلك أنه لا يعترف بحوالة الدق ، به الأمتان من ذلك أنه لا يعترف بحوالة الدين كما اعترف بحوالة الدق وهو يجارى في ذلك القانونين الفرنسي والإيطالي . ويحتفظ ببعض أغلاط في القانون الفرسى ، دون أن يوجد سبب ظاهر لذلك إلا رغبة واضعى ألمشروع الا يحدث الفييرات كثيرة في التشريب حاشرة (١) ولم تفت ملاحظة هذه النزعة الرجمية بعض من استركوا في وضم المشروع (١)

⁽١) انظر محاصرته العشار إليها في مجلة مصر العصرية مجلد ٢٢ ص ١٨٠ (٢) انظر مثلاً ثلاث المادة ١٩ من العشروع، وهي حاصة بالكراه يقع هذا النص في نفس التناقص الذي وقعت فيه العادة ١٩١٧ من القانون العدين العربسي، من حيث جمعه بين المعيار المادي والمعيار الشخصي للاكراه ويرتكب الحطأ الذي ارتكبه العشرة القريبي يعتبر وقوع الاكراه عليهم مؤذرا في ارادة المتعاقد، وإن كان قد است المحال بعص الشيء لتقدير القلضي.

⁽٣) من دلك ما يقوله الأستاذ ربيير (Ripert) - لم يكن الفرض وصع مشروع لقني يكون حديدا من حديدا المنافرات على غضون القرن الماضي وأول القرن الحاضون بمحوص تشريعية وإبسا لقصد تقريد قانون كل بلد من قانون الهلد الأخر، مع ادحال بعض القواعد القانونية الجديدة، التي احدث بها التشريعات الأجبية أو القضاء، تشيا مع الحاحات العملية الحديثة، عن هذا القانون المشترى وهذه خطة حكيمة، وحطوما الوحيد هو أنها لا تفسيع محالا للتقدم عالاتفاق على تنقيق اسلاح عليه المعافظة الكثر مما يجد مي عبد المحافظة اكثر مما يجد مي

على أنهم جميعا يعترفون بأنهم تجنبوا ادخال تعديلات جوهرية في التشريعات الحاضرة(١).

اهمية الرجوع إلى التقنينات الحديثة ويتبين مما تقدم اهمية الرجوع إلى التقنينات الحديثة عند تنقيح تشريعنا المدنى، فمنها نستطيع ان نستخلص احدث النظريات القانونية، فنختار ما يتلاءم مع حالتنا وسنشير إلى بعض من هذه النظريات عند ما نبين الأساس الذي تبنى عليه المراحعة .

والذي يهمنا هنا أن نوكده هو أن التقنينات الحديثة قد تقدمت تقدما محسوسا، يجعل القانون الفرنسي العثيق، والقابون المصري معه، قديمين لا يكادان يصلحان للعصر الذي نعيش فيه

فتقدم علم القانون المقارن والتشريعات الحديثة هو إذن سبب أخر، يضاف إلى السبب الأول، ويدعونا إلى التمجيل بتنقيح قانوننا المدني.

كُلِّير من المسائل. ولم يكن يمكن تحقيق الاتفاق إلا نشرط ابقاء ما ظهر للنعش انه عنيق، والامتناع بغوع خاص من اقتراح ما لا ينال اجماعا، (مقدمة الأستاذ ريبير لرسالة فيفوردنو في المشروع الفرنسي الايطالي باريس سنة١٩٣٣ ص ٥) (١) انظر التقرير العرفق بالعشروع ص ٣٧ـ ص ١٤

على اي اساس يكون تنقيح القانون المدنى المصرى

دقة الموضوع لا يكفى أن نشير بتنقيح القانون المدنى ، بل يجب أن نبين على أى اساس يكون هذا التنقيح ونحن نورد ما يعن لنا من الراي فى هذا الموضوع الدقيق وحسبنا أن نفتح الباب لمناقشة هذه المسالة بما تقتضيه من دقة وتعمق ، فإن خطر الأمر بتطلب مجهودا كبيرا يشترك فيه المشتغلون بالقانون فى مصر ، فليس تنقيح تقنين ، لا سيما إذا كان هو التقنين المدنى ، بالأمر الهين .

لذلك نتقدم بملاحظاتنا في هدا الموضوع في شيء من التهيب ولا بقصد إلا أن نضع الأمر تحت أعين رجال القانون، ليروا فيه رأيهم بعد مناقشة وبحث وتمحيص

وقبل أن تحدد الأسس التي يبني عليها تنقيح القانون المدني، تحب أن تنقدم مامر يجب أن يكون التفكير فيه سابقاً على كل تفكير فإن تنقيح القانون المدني لا يكون دا قيمة في نظرنا . الا الله على من هذا التنقيح تقنين مدني كامل موجد

ادماج الأحوال الشخصية في التقنين المدنى دريد تقنيننا كاملا ، فلا معنى لشطر القانون شطرين ، بين معاملات و أحوال شخصية فالتقنين البديد يجب أن يكون شاملا لكل المسائل التي يحتويها القانون المدنى البديد يجب أن يكون شاملا لكل المسائل التي يحتويها القانون المدنى الكامل ولا مقصد مهذا أن ينقل تشريع الأحوال الشخصية من التشريعات الإسلامية ، مع جعله ملائما لأن يطبق على غير المسلمين من المصريين ، ميكون لنا يذلك تشريع عام في الأحوال الشخصية . يخضع له جميع ميكون لنا يذلك تشريع عام في الأحوال الشخصية . يخضع له جميع الشيرية الإسلامية ، بل على العكس من ذلك ، نحر بحد امتداد هذا السلطان اليرية الإسلامية ، بل على العكس من ذلك ، نحر بحد امتداد هذا السلطان الي دائرة المعاملات نفسها ولكننا نريد أن محصل على مرية التقنين في المدنى غير مقنى ولا علة لهذا سوى وهم قام بالذهن من أن الشريعة المدنى ولا علة لهذا سوى وهم قام بالذهن من أن الشريعة المدنى عير مقنى ولا علة لهذا سوى وهم قام بالذهن من أن الشريعة الدسلامية يجب البحث عنها في بطون كتب الفقهاء ، مع أن تقنينها أمر

ليس بالصعب، بل هو: أمر قد تم بالفعل، وقد قام به الأثراك رسمنا في «مجلتهم» المشهورة ، وقام به فذ من المصربين هو المرحوم محمد قدري باشا، فوضع كتبا قيمة يقنن فيها احكام الشريعة الاسلامية في الأحوال الشخصية وفي المعاملات وفي الوقف. فلتقنين الشريعة الاسلامية إذن سوايق معروفة . ولا تذهب بعيدا ، قان المشرع المصرى قد قنن بالفعل بعض احكامها في شكل تشريعات خاصة ، المج بعضها في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، ويقى البعض الآخر منفصلاً (١). فلماذا لا نقوم بالعمل كاملاء ونتولى، بمناسبة تنقيح القانون المدنى، تقنين جميم احكام الأحوال الشخصية ، وننتهز هذه الفرصة فنختار من كتب فقهاء المسلمين في هذه المسائل ما يكون اكثر اتفاقا مع روح العصر، دون ان نتقيد بمذهب معين ، فيكون تقتنين احكام الأحوال الشخصية ليس مجرد تقنين ، بل هو اصلاح قانوني شامل، نحس جميعا أن البلاد متعطشة له، بل هو لايكون اصلاحا فحسب، إذ نحب أن تكون الأحكام التي نقنتها من الشريعة الإسلامية قابلة للتطبيق على غير المسلمين من المصربين، وإذا اقتضى الأمر أن نقنن أجكاما خاصة بغير المسلمين، أمكن أيماج هذه الأحكام في تقنين الأحوال الشخصية على أن يقتصر تطبيقها على غير المسلمين. وبهذا يخلص لنا تقنين مدنى كامل، معروف الأحكام، بين السبيل

والماج احكام الأحوال الشخصية في التقنين المدنى لا يعنى حتما المماكم الشرعية والمجالس المعلية المجالس الحسبية في المحاكم الأهلية، وأن كان ذلك مما يرغب فيه كل مصري يحب إصلاح القضاء في بلاده. ولكن إذا فرض أن هذا الإصلاح لم يقدر له أن يتم الآن، فإنه من الممكن فصل فكرة توحيد المحاكم. وإذا اعوزنا أن تكون لنا قانون واحد، وهذا أن تكون لنا قانون واحد، وهذا

⁽١) وقد الفت حكومة الحزائر، من مدة طوية، لجمة لتبحث في امكان تقنين احكام الشريعة الإسلامية، فاختلف الأراء، واشار البعص بالتقنين، واشار البعض الإخر بعكس ناك ولكن الظاهر أن هناك ظروها خاصة ببلاد قبوائر، كان لها التر كبير مي هذا الاختلاف، فبعض القائلين بعدم التقنين كانوا يغشون، إذا قنت احكام الشريعة الإسلامية، أن يتوطد سلطان هذه الأحكام، ويصعب بعث منافسة احكام القانون الفرنسي لها (انظر الوثائق فتي سترتها حكومة الجرائر في سنة ١٩٠٦) تحت عنوان حضروع تقنين الشريعة الإسلامية الجزائر سنة ١٩٩٦)

القانون تطبقه المحاكم المختلفة، كل محكمة في دائرة اختصاصيها، فالمحاكم الشرعية والمجالس الملية تطبق القسم الخاص بالأحوال الشخصية من هذا التقنين الجديد، والمجالس الحسبية تطبق القسم الخاص بالأهلية وما يتعلق بها، والمحاكم الأهلية تطبق القسم الخاص بالمعاملات، وتبقى الحال كذلك حتى يعين الوقت الذي تندمج فيه كل هذه الجهات القضائية في جهة واحدة، ونرجو أن يكون قريبا.

توحيد التقنين الأهلى والمختلط: وكما نريد تقنيننا كاملا يشمل الأحوال الشخصية إلى جانب المعاملات، تريده كذلك موحدا يطيق على جميم سكان مصر ، من مصريين وأجانب . فلا يكون هناك تقنين للمحاكم الأهلية ، وتقنين أخر للمحاكم المختلطة . قان اختلاف القوانين في المسألة الواحدة ليس من شأنه إلا إيجاد الفوضي والاضطراب في المعاملات، وقد سبقت الاشارة إلى الضرر الذي ينهم عن ذلك، عند الكلام في وجوه الخلاف الموجودة بين القانون الأهلى والقانون المختلط، وليس المصريون وحدهم هم الذين يقولون بوجوب توحيد القانون المدنى، فإن فقهاء كبارا من غير المصربين ينعون على التشريم المصرى عدم التوحيد ، وإليك ما" يقوله الأستاذ ارمانجون في هذا الصدد: دوالداهية أن (القواعد القانونية) ليست واحدة في القوانين المختلطة والقوانين الأهلية. وإذاً كانت هذه مأخوذة من تلك فإن النقل لم يكن أمينا . وسنرى ، في كثير من المسائل التفصيلية، خلافا بين التشريعين في المسائل المدنية والتجارية وقواعد المرافعات ... ومما يزيد الموقف سوءا أن بعض أحكام الشريعة الاسلامية، وتطبقها قضاة المحاكم الشرعية، داخلة في دائرة الاحوال العينية ... فأصبح يوجد بنلك ثلاثة تشريعات مصرية في المعاملات، دون فائدة أو سبب ظاهر، وهذا عدم اتساق في التشريم غريب، ليس بالنظري مطلقا، وسيظهر لنا فيما يلى بعض الأضرار الحسيمة التي تنجم عنه(١)ء، وقد لاحظ الأستاذ ارمانحون، في المقال الذي وردت فيه هذه العبارة، أن توحيد القانونين الأهلى والمختلط، في الوقت الذي كتب فيه هذا المقال، أمر صعب التعقيق، إذ يقتضي موافقة

⁽١) كتاب العبد المثبني للقانون المعنى القرنسي جزء ٢ من ٧٤٠.

الدول ذوات الامتياز على هذا التوحيد، وعلى كل تعديل يتم بعد ذلك $(^{\gamma})$ ، ولكن هذه الصعوبة قد زالت إلى حد كبير، إذ يكفى الآن موافقة الجمعية التشريعية لمحكمة الاستثناف المختلطة، وتغنى هذه الموافقة عن الحصول على موافقة جميع الدول.

على از الأمر اكبر خطرا من ان نصطنع فيه هوادة أو استرخاء . فهل قدر لنا أن نبقى غير مستقلين فيما يتناول الصعيم من سيادتنا الداخلية ، وهو حق التشريع . اليس حق التشريع الشامل لكل سكان البلاد هو من الخصص معيزات سيادة الدولة فكيف نبقى مغلولي الأيدي دون هذا الحق ، وإلى متى نعانى هذا القيد الثقيل ؟ أن كل مصرى سمع شيخ القضاة يدوى صوبة في أكبر حفل جمع رجال القضاء والقانون ، وفي حضرة مليك البلاد ، وهو يعلن في عزم وأباء ، وأن مصر اصبحت مستحقة للتمتع بما لجمين ، لم يلبث أن أحس صوبة هذا الشيخ الجليل قد عس الوتر الحساس في قلبه ، وأن هذا القول قد عبر به ، لا عن أمنية المصربين فحسب ، بل عن رغبتهم الصادقة ، وإدادتهم التي لا ينثنون عنها ، في أن , يكون لجميع سكان البلاد تشريع واحد ومحاكم واحدة .

على أن توحيد التقنين المدنى يمكن النظر فيه منفصلا عن توحيد المحاكم كما اسلفنا، فمهما يكن من مصير المحاكم المختلطة، فإن توحيد التقنين المدنى في المعاملات أمر ضروري على كل حال، سواء بقيت هذه المحاكم أو زالت. إذ على فرض بقائها، والأخذ في ذلك بمشروعات مرست (Hearsi) في الاصلاح القضائي، وهي المشروعات التي دارت بشأنها مفاوضات طويلة بين مصر وانجلترا، فلا يشك أحد من المشتغلين بالقانون أن وجود تقنين واحد، تطبقه المحاكم المختلطة والمحاكم الالاد،

⁽٣) كتاب العيد المنيئي للقانون العدى العرنسي جزء ٣ ص ٧٥٧ مص ٧٥٧ (١) يسرنا أن عملم أن لجدة الاجتمال بالعيد الخمسين للمحاكم الأهلية قد اقترهت تعديل الاسم الفرنسي الذي يطلق على هذه المحاكم فلا تدعى Tribunaux indighter. بل تدعى repubagis.

[.] ومبنا لو ظهر اثر هذا التعبيل في اللغة العربية أيضا. ولا تري أن تسمى مماكمنا وبالمحاكم الوطنية ،، فهذا اسم لا يختلف كثيرا عن اسم والمماكم الأهلية ه. او هي

ويقضى على الفوضى والاضطراب الذي يسود المعاملات من جراء اختلاف القوانين. وإذا كنا قد راينا أنه يمكن ادماج احكام الأحوال الشخصية في المتاتين المدنى، مع بقاء محاكم الأحوال الشخصية منفصلة عن المحاكم الأهلية، فإنه يمكن من باب أولى أن يتوحد التقنين الخاص بالمعاملات، مع قيام طائفتين من المحاكم، كل منهما تطبقه في دائرة اختصاصها، وإذا كان الفرنسيون والايطاليون يسعون إلى توحيد قوانينهم، مع اختلاف المحاكم التي تطبقها، كما رأينا ذلك عند الكلام في المشروع الفرنسي الايطالي، مع أن فرنسا وأيطاليا دولتان مستقلتان لحداهما عن الأخرى، فكيف لا تطلب مصر، وهي دولة واحدة، أن يكون لها في المسائل الواحدة فانون واحداً).

فنجن إذن نعتقد اننا نعبر عن رغبة المصريين جميعا إذا قلنا إن مصر تريد، عند مراجعة تقنينها المدنى، أن تحصل من هذه المراجعة على تقنين كامل موحد، يطبق على كل سكان مصر، مسلمين أو غير مسلمين، مصريين أو أجانب.

الأسس التي تبني عليها المراجعة وإذ فرغنا من تقرير ذلك، ننتقل إلى بيان الاسس والمصادر التي بيني عليها التنقيم المرجو، من

لآيزدي الدعنى المقصود وخير تسمية براها هي والمحلكم المصرية ولا يعترض على دلك بأنه نوجد مي البلاد محاكم مصرية احرى - كالمحاكم المحتلطة والمحاكم الشنائية ، إذا قرنت إلى محاكم والقانون العام ووجب أن تتخذ لها اسما حاصا يعيزها اما المحاكم العامة ، فهي وحدها التي تسمي بالمحاكم المصحية ، وإذا اطلق هذا الاسم وجب أن ينصرف إليها بون غيرها على أن اسم والمحاكم والمحاكم المصحية ، ومن في تقائل بالمستقبل ، فسياتي لليوم الدي تندمج فيه كل هده بالمحاكم الاستثنائي المحاكم الدي تندمج فيه كل هده واحد ، كان في غني بعد ذلك عن وصفها بالمصرية ، فلا يبقل في الملاد إلا محاكم من نوع واحد ، كان يقم الملاد إلا محاكم من نوع واحد ، كان في غني بعد ذلك عن وصفها بالمصرية .

(١) ولا يجور الاعتراض على هذا الراي بأنه إدا وحد التقنين الأهلى المختلط، واريد بعد ذلك تعديل هذا التقنين، وجب الرجوع إلى الجمعية التشريعية لمحكمة الاستئناف المختلطة، فإن هذه الجمعية يرجع إليها الأن في كل تشريع يراه سريامه على الأجانب، علا فرق إن بين العهدين على أنه يجب أن يحصر تدخل الجمعية التشريعية، عن العهد العديد، عن حدود ضيقة جدا، كما تقرر ذلك في المفاوضات القي دارت بين مصر وانجلترا. حيث الشكل ومن حيث الموضوع، فنبين أولا ما يحسن إتباعه من الاجراءات للقيام بهذا التنقيع، وعلى أي أسلوب تشريعي يكون. ثم نبين بعد ذلك ما تجب مراعاته عند النظر في التنقيع موضوعا، ومن أي المصادر القانونية نستمد ما نريد ادخاله من التعديلات على تشريعنا الحاضر.

اولا: الأسس التي تبني عليها التنقيح من حيث الشكل

١) استعراض القواعد العامة في الصياغة التشريعية.

صفاعة التقفين التشريع فن له قواعده واصوله ، فلا يجوز أن نففل اصول هذا الفن عند القيام بعمل تشريعي خطير كتنفيح التقنين المدني . وقد كانت الصنعة التشريعية الهاما قبل أن تستقر فنا . وكان كل مشرع ومقنن بسئلهم قسطا من هذا الفن الخفي يصطنعه في تشريعه وتقنينه ، ويفعل ذلك دون شعور منه ، شأن كل فن في مبدأه ، قبل أن ترسم له قواعده ، وتمهد خططه وسبله . ثم بدأ فن التشريع في العصر الحاضر يقوم على اسس معهدة وقواعد مرسومة .

وللأستاذ جنى (Geny) فضل كبير في تمييز الصبياغةعن العلم في القانون. فقد بين ذلك بوضوح في مقال له نشر في كتاب العيد المئيني للقانون المدنى الفرنسي(١)، ثم في محاضرة القاها بمدرسة العلوم الاجتماعية بباريس سنة ١١٩٠٠، ثم في كتاب له يعد من اجل المؤلفات القانونية واعظمها خطرا، اسماه «العلم والصبياغة في القانون الخاص(٢)».

وأصبح من الثابت أن مهمة القانون الأساسية هي الصبياغة الفنية للقواعد العلمية التي تستنبط من علوم الاجتماع المختلفة، فتوضع هذه القواعد في القالب القانوني الملائم، وليس القانون صناعة وأحدة، بل هو صناعات متعددة، فهناك صناعة القضاء (Technque Jursprudentielle)، وصناعة الفقه (Technque Doctrnaire)، وصناعة التشريع (Technque Doctrnaire)

⁽١) الجزء الثاني من ٩٨٩ ـ ١٠٣٨

 ⁽٣) وقد نشرت هذه المجاضرة، مع مجاضرات آخري لبعض الأسائذة، في كتاب طرق البحث القانوني، باريس سنة ١٩١١ من ١٧٣ ـ من ١٩٦٦

Science of Technique en drivi prive pushif (۳) وهو في أربعة أجزاه (باريس سنة ١٩١٤ ـ سنة ١٩٢٤ ـ سنة ١٩٢٤ ـ

⁽م ٧ - مقالات د . السنهوري جد ١)-

Législative)، وسناعة التقنين (Techique de la codification)، وهذه الصناعة الأخيرة هي التي يعنينا أمرها، ويهمنا أن نتعرف على قواعدها الأساسية، حتى نستفيد من ذلك عند تنقيح التقنين المدنى، وقد كتب كثير من الفقهاء بيسطون أصول هذه السناعة وأوضاعها (١)، ونستعرض هنا فكرة عامة عن هذه الأصول، حتى نستطيع تطبيقها، لا عن مجرد استلهام، بل عن شعور بها ودراية.

فصناعة التقنين يمكن النظر إليها من ناحيتين ناحية الاجراءات وناحية المادة التشريعية والناحية الأولى هي ما يسمونها بالناحية الخارجية (côté exterse)، والناحية الأخرى هي الناحية الداخلية (côté interne)

الناحية الخارجية من هذه الصناعة · فالناحية الخارجية تعنى بتحديد الفضل السبل التي تتبع في إجراءات التقنين . وهل تكون الاجراءات التشريعية المعتادة ، أم إجراءات آخرى خاصة بالتقنين تكون أكثر اتفاقا مع طبيعة هذا العمل المعقد .

وقد اتفق العلماء الذين عنوا بهذه المسالة على أن الاجراءات التي تتبع في التشريع التفصيلي ليست صالحة للتقنين الشامل . فإن ترك الأمر في التقنين إلى هيئة سياسية كالبرلمان ليسرمن شأنه أن يوجد تقنينا صالحا موافقا الأصول الفن

⁽۱) وقد بدا الفيلسوف الاسطيرى بيكون (Bacin) والفيلسوف الفرنسي مونتسكيو (۱) وقد بدا الفيلسوف الانجليرى بيكون (Bacin) والفيلسوف الفرنسي مونتسكيو المنظم (Bacin) في بعض مسائل التقنين حطأ مفصلا وتناول سافيني واهرنج موضوع الصناعة في القانور، وبعدة الفقية الثاني في كتابه دروح القانوز الروماني، بعظا تقيقا (انظر أيضا روسيه Rouser في مصياغة التشريعات العقبنة في العجلة الانتقادية سنة ١٩٨٦ - سنة ١٩٨٥) في موضوعة الانتقادية سنة ١٩٨١ من الفقها المعاصرين عدا جبين (١٩٨١)، ومن بحث صناعة التقبير من الفقها المعاصرين عدا جبين (١٩٨١)، ومن مؤلفاته العشار اليها - روجان (الموسى من مجموعة ديموع في كتابه «المعادي» الرئيسية في القانون الحاص، (مارس سمة ١٩١١) ومسيكر (مارس سمة ١٩١١) ومسيكة الفانية القانون الحاص، (مارس سمة ١٩١١)، وتبسيه (١٩١٣)، والميانة الفانية القانون الخاص (العجلة الفصلية الفانية المارية من باريس سنة المعانية المارية القانون العاني (رسالة من باريس والمؤلفات التشريعية في القانون عمل القوانين، (سالة من باريس ولياسكون (مارسالة من باريس ولياسكون (مارسالة من باريس ولياسكون المؤلفات التشريعية في القانين المدني (رسالة من باريس ولية ١٩٨٧)

فإن رجال البرلمان رجال سياسيون قبل كل شيء ، وتنقصهم عادة الخبرة اللازمة في عمل فني خطير كالتقنين هذا إلى أن كثرة عددهم موجب للبطه في الاجراءات . وقد نظمت لوائحهم الداخلية طبقا لطبيعة المناقشة في المسائل السياسية أو الاجتماعية ، أما المسائل الفنية فلا فسحة في هذه اللوائح لمناقشة جدية مشرة فيخرج التقنين مفكك الأجزاء ، وقد قال كل عضو فيه كلمته ، والتقنين مجموع لا يتجزأ ، يجب أن يسوده الانسجام والتناسق ، فإذا عدل في ناحية كان لهذا أثره في التواحى الأخرى ، وهذا ما يغفل عنه عادة رجال البرلمان ، فيخرج التقنين متناقضا غير متماسك

فيجب إذن أن يكون للتقنين إجراءات خاصة تراعى فيها طبيعة هذا العمل وما يقتضيه من دقة فنية ويستخلص من تجارب الأمم المختلفة التى قامت بتقنين تشريعاتها في العصر الأخير أن هذه الاجراءات الخاصة تقوم على اسس ثلاثة (١) تشكيل لجنة فنية يعهد إليها بوضع مشروع للتقنين (٢) تنظيم طريقة منتجة لاستقاء ما يلزم من المعلومات ولاجراء استفاءات واسعة النطاق، (٣) ادخال تعديلات جوهرية في الاجراءات الدرامان لعشرو عالتقنين.

اما اللجنة التي يعهد إليها بوضع مشروع التقنين، فيجب أن يكون عدد أعضائها محدودا، حتى يكون عملها متناسقا، تتمشى فيه روح الوحدة والانسجام، وقد بلغ الأمر ببعص الأمم أن فوضت إلى شخص واحد وضع مشروع التقنين ابتداء، على أن تناقشه بعد تحضيره لجنة عدد أعضائها قليل، كما فعلت سويسرا في تقنينها، على أن شخصا وأحدا قد ينوع به المعل الموكول إليه، فالتقنين متشعب معقد، وهو يقتضى كفايات متنوعة، والشخص الذي يجمع هذه الكفايات كلها نادر الوجود فالأفضل إنن أن يعهد بالأمر إلى لجنة قليلة العدد، يراعى في تشكيلها أن تكون متوافرة على عنصرين، عنصر دائم هو العنصر الفني، وعنصر غير دائم هو العنصر العملى، أما العنصر الفني فيمثله المشتفلون بالقانون فقها وعملا كالأساتذة والقضاة والمحامين، والعنصر العملى غير الدائم يختار عادة من دوائر الأعمال الممثلة لنشاط البلد الاقتصادي، يبدون أراءهم في عائس الاقتصادية، يبدون أراءهم في الأسس الاقتصادية. فقد هذا العنصر

ضروري، حتى يكون التقنين متمشيا مع الروح العملية السائدة. وقد الركت بعض الأمم ضرورة وجود هذا العنصر بصفة دائمة إلى جانب البرلمان. فنص دستور ويمار في المانيا على انشاء مجلس اقتصادي دائم للامبراطورية. وكذلك فعلت ايطاليا في نظامها الفاشيستي، ونحت فرنسا هذا المنحي بانشاء مجلس وطنى اقتصادي. وقد رأينا أن الألمان عند ما وضعوا تقنينهم المدنى ضموا إلى اللجنة الثانية التي عهد إليها بمراجعة المشروع الأول ثلاثة عشر عضوا غير دائمين من رجال الاقتصاد والسياسة. ويحسن أن يندمج في هذه الهيئة غير الدائمة أعضاء من رجال البرلمان، يكونون حلقة أتصال بين البرلمان واللجنة. ثم تنقسم اللجنة الرئيسية إلى لجان فرعية، كل لجنة تقوم بكتابة النصوص في جزء من الجزاء التقنين. والأفضل أن يكون القائمون بكتابة النصوص القانونية الهرادا قليلين جدا، حتى تتمشى روح واحدة في مجموع التقنين. وتراجع اللجنة الرئيسية بعد ذلك أعمال اللجنة الفرعية حتى تحقق فيها الوحدة والتناسق

ويجِب أن يساعد اللجنة في عملها هيئة منظمة ، تقوم (أولا) باستقاء المعلومات اللازمة وجمعها وترتبيها فإن اللجنة في حاجة إلى كثير من الاحصائيات في المسائل الاجتماعية والاقتصادية الكبرى . وهي في حاجة كذلك إلى معرفة حالة القضاء في المسائل التي تعرض لها وتريد أن تستأنس فيها بقضاء المحاكم وماجري عليه العمل وهي في حاجة أيضا إلى الاحاطة بالتشريعات الأجنبية المختلفة والوثائق المتعلقة بهاء وتحتاج، عدا ذلك، إلى عمل تحقيقات دقيقة في مسائل لا تستطيع البت منها إلا في ضوء هذه التحقيقات، وتقوم هذه الهيئة المنظمة (ثانيا) باحراء الاستفتاء اللازم للتقنين، فإن التقنينات الجديثة تقوم على الاستفتاء ذلك لأن عمل اللجنة الموكول إليها وضع مشروع التقنين لايمكن ان بكون كاملا من كل الوجوء ، مهما عنيت به وحرصت على أن تتقنه ، فإن عدد اعضاء اللجنة محدود، ويجب أن يكون محدودا كما قدمنا. فتبقى هيئات كثيرة لا ممثل لها . وتقصى كثير من الكفايات ، فلا تستطيم الاشتراك في العمل فيجب إذن دعوة هذه الهيئات والكفايات إلى المساهمة في وضع مشروع التقنين من طريق الاستفتاء وقد قام الفرنسيون في تقنينهم باستفتاء المحاكم في سنة ١٨٠١، فشكلت هذه لجانا لدرس

مشروع التقنين المعروض عليها. وفعلت ايطاليا ذلك، فعقدت لجانا متعددة من رجال القانون لاستفتائهم في مشروع تقنينها المدنى في سنة المدنى من الاستفتاء وعمدت المانيا وسويسرا إلى طرق واسعة النطاق من الاستفتاء في دوائر رجال القانون ورجال الأعمال، كان لها أثر كبير في تعديل المشروعات الأولى التي وضعت قبل هذا الاستفتاء، وقد أسلفنا الاشارة إلى ذلك. فيمكن القول إنن أن الاستفتاء اصبح ركنا من أركان أجراءات التقنين في العصر الحاضر.

فإذا حضرت اللجنة مشروع التقنين قائما على اسس صحيحة ، أحيل هذا المشروع على الهيئة التشريعية . وهنا يجب ادخال تعديل جوهرى في الجراءات هذه الهيئة ، فلا تجوز مناقشة نصوص التقنين نصا نصا ، بل يجب اعتبار المشروع وحدة لا تتجزا ، فلا يدخل فيه شيء من التعديل بين الإدراي البرلمان محلا للتعديل ، فإن الأمر يعود إلى اللجنة ، لتقوم هي بصياغة التعديل المطلوب ، وادخاله في المشروع ، بحيث لا يخل بتناسقه ووحدته . وهذه الاجراءات الخاصة يمكن الاتفاق عليها مع البرلمان ، كما فعلت الصانيا عند ما اتفقت مع الأحزاب السياسية على قصر المناقشة على المسائل ذات الصبغة السياسية أو الاجتماعية دون التعرض للمسائل الفنية . وقد فعلت اسبانيا في سنة ١٨٨٠ في تقنينها المدنى ما هو ابلغ من ذلك ، فقد اقتصر البرلمان على اقرار المبادىء العامة للتقنين وفوض بلي لجذة فنية صياغة النصوص وفقا لهذه المباذىء

الناحية الداخلية من هذه الصناعة وإذا أنتقلنا في صناعة التقنين من التاحية الخارجية إلى الناحية الداخلية ، فإن هناك كثيرا من المسائل تستحق البحث في هذه الناحية .

واول هذه المسائل هو تبويب التقنين. واول صفة ضرورية في التبويب هو أن يكون منطقيا متماسكا . والتبويب المنطقي يعين كثيرا على تفهم التقنين والاحاطة به ، ويجعل البحث فيه يسيرا . على أن التقنين يتطلب تبويها منطقيا غير الترتيب العلمي لكتب الفقه . فمقتضيات التقنين غير مقتضيات النظريات الفقهية . وخير تبويب للتقنين هو ما كان منطقيا عمليا في وقت واحد . فينقسم التقنين إلى أبواب وفصول تبين بنوع خاص الأهمية العملية للأحكام القانونية ، وتخفي ما كان من هذه الأحكام نظريا

فقهيا ، بشرط أن ترتبط هذه الأبواب والقصول بعضها بالبعض الآخر ارتباطا منطقيا محكما . ويحسن أن يكون هناك باب في التقنين يتقدم كل الأبواب . ويكون متطقا بالأحكام العامة التي تتمشى على جميع نواحي القانون . وليس لها مكان في باب معين ، على الا يصاغ هذا الباب صياغة فقهية ، بل تتوخى فيه الناهية العملية(١) . ويلاحظ أن تبويب التقنين يعتبر جزءا من أحكامه ، فقد توجد نصوص لا تفسر تفسيرا واضحا الا بعد ملاحظة الباب الذي وربت فيه(١)،

وقد الفت بعض التقنينات الحديثة. كالتقنين السويسرى، وضع ملخص للنصوص في هوامشها وتعتبر هذه الملخصات جرءا من التقنين، يعين على تفهم نصوصه، ويعطى خلاصة واضحة للمعنى المراد منها، ويسهل على الباحث العثور على ما يريده من الأحكام القانونية

ثم هناك الروح العامة التي تسيطر على التقنين. ويمكن القول اجمالا اللقنين الصالح يمتاز بشيئين: (أولا) تغلب الروح العملية فيه على الروح الفقهية، فإن الفرض من التقنين هو أن يجعل الأحكام القانونية في متناول الجميع، جمهور الناس قبل فقائهم، ويجب على المقنن أن يتجنب تعزيز احكامه بذكر الأسباب التي دعت اليها، أو بايراد الأدلة على صحتها، أو بسياق أمثلة توضع هذه الأحكام، فكل هذا من عمل الفقه لا من عمل التشريع، وإذا كان لابد أن يذكر شيء من هذا، فيترك للأعمال التحضيرية وللمذكرات التفسيرية التي ترفق بالتقنين، وتبقى منفصلة عنه، وتتغلب الروح العملية أيضًا إذا تجنب المقنن المسيغ الفقهية والتعميمات المجردة والنظريات العامة، فلا يذكر شيئًا من ذلك دون مقتض

 ⁽١) وقد أحسن وأضعو التقيين العدني الفرنسي صنعا بحثفهم ما كان قد تضميه مشروع هذا التقتين في مقدمته من مياديء بطرية

⁽٣) وقد كان من حجج الفقهاء المصريين، يالذي قالوا بأن مبدأ الشريعة الاسلامية، القانون المصرى على الاسلامية، القانون المصرى على المثلة أبن الأموال الموروثة إلى الوارث، أن السرع المصرى نصل على وجوب اشاخ المثلة الأموال الموروثة إلى الوارث، أن السرع المصرى نصل على اسبات استقال قانون الأحوال الشخصية في العيراث في العابات الذي يتكلم فيه على اسبات استقال الملكية، فتتبع أحكام السريعة الاسلامية في العيراث، من حيث أنه سبب الاستقال الملكية، ولا يقتصد الأمر في النباع هذه الأحكام على تعيين الورثة وتحدد المستهم،

يسوغه ، ولا يجوز للمقنن مثلا أن يصرح بانضامه للمذهب المادي أو المذهب الشخصي في الالتزام، أو لمذهب الارادة الباطنة أو مذهب الارادة الظاهرة في العقد، بل يترك ذلك للفقه يستخلص ضمنا من مجموع النصوص. وتتغلب الروح العملية على الروح الفقهمة أخبرا إذا تحنب المشرع أبراد التعاريف والتقسيمات، فيحسن به مثلًا أن يتكلم في الالتزام وفي العقد دون أن يعرف أيا منهما، وأن يورد مصادر الالتزام دون أن يتعرض لتقسيمها وترتيبها ، فمحل ذلك هو الفقه . وذكره في التشريم لا فائدة منه ، بل فيه ضرر كبير ، فان هذه التعاريف والتقسيمات ، إذا اقرها المشرع في نصوصه، تجمد جمودا لا يتفق مم تطور النظم القانونية، ويقاسى الفقيه عناء كبيرا من جمودها ، وينفق جهدا في الحيلة والتلطف حتى يتخلص من هذا الجمود . يجب أن يتجنب المشرع كل هذا ، فأن مهمته هي أن يضع قواعد عملية ، لا أن بيسط نظريات فقهية . وقد قبل ، «أن القانون وضع ليأمر ، ولم يوضع ليعلم ، وهو في غُير حاجة للاقتاع (١٠) - والشيء الثاني الذي يمتاز به التقنين الصالح هو الا يحاول الاحاطة بكن شيء، فإن هذه المحاولة عقيمة. ولا يستطيع المقنن، مهما كان بصيرا بالأمور ، أن يتنبأ بكل أمر ليضع له الحكم الذي يقتضيه ، فهو عاجز عن ذلك لا مجالة . بل هو عاجز ، في الأمور التي يعرفها ، أن يضم لها أحكاما صالحة لكل زمان ومكان. والمشرع الحكيم هو الذي يترك مجالا فسيحا لتطور القانون، فلا يحكم عليه بالجمود بحبسه في الفاظ محدودة وأحكام معيئة . وخير طريق بسلكه هو: أن يترك المسائل التقصيلية لاحتهاد الفقهاء. ولتقدير القضاء . بل يجب أيضا أن يترك كثيرا من المسائل الرئيسية ، دون ان يتخذ فيها موقفا خاصا ، ما دانت من المسائل التي لم يستقر تطورها ، وما دامت الحاجة العملية لا تدعو الى أن يعرض لها بشيء. والمشرع الحكيم هو من يجعل عبارته مرنة يتغير تفسيرها بتغير الظروف، دون ان يذهب في ذلك الى حد الغموض وعدم النقة ، وخير وسيلة للجمع بين الدقة والمرونة هي أن بعدل المشرع، في المسائل التي تكون سريعة التطور ، عن القواعد الجامدة الضبقة إلى المعاسر المرنة الواسعة ، معاسر

La loi commande, elle n'est pas faité pour instruire, elle n'a besoin de(\) convaincre.

يسترشد بها القاضى دون أن يتقيد ، ويطبقها على الأقضية التي تعرض له ، فيصل من ذلك الى حلول تختلف باختلاف كل قضية ، وما يحيطها من ملابسات . وخير مثل لتقنين لم يحاول أن يحيط بكل شيء هو التقنين السويسرى ، فقد أكثر من استعمال المعايير المرنة . وترك مجالا واسعا للفقه والقضاء بفسران القانون بما تقتضيه الظروف .

وهناك ايضا اسلوب التقنين، وخير اسلوب هو الذي يتجنب التكرار ويتنزه عن التناقض ومع ذلك يجوز أن تتكرر القاعدة القانونية في مواضع مختلفة من التقنين، بشرط أن يكون تكرارها مفيدا، ولعلة مفهومة كما إذا قرر المشرع قاعدة عامة، تم عرض الى تطبيقها مي حالة خاصة . فقد يكون هذا التطبيق التشريعي مفيدا بل ضروريا ، إذ قد يختلف الناس في تطبيق هذه القاعدة، فيحسم التطبيق التشريعي كل خلاف والنصوص التي يوردها المشرع ضروب مختلفة . منها النصوص الأمرة، وهذه بجب أن تكون في أسلوب جازم قاطم ومنها النصوص المفسرة، والنصوص المبيعة، وهذه يكون اسلوبها مرنا رخوا يتفق مع الفرض الذي وضعت من أجله. وقد بلغ الأمر، في وجوب التميير في الأسلوب بين هذه الأنواع المختلفة من النصوص، أن طلب أمجلس الدولة ،، عند وضع التقنين الفرنسي، أن يكون أسلوب النصوص الأمرة بصيغة المستقبل، واسلوب النصوص المبيحة والمفسرة بصيغة الحاضر ثم أن للمشرع أساليب خاصة في استعمال القرائن القانوبية والفروص ونحوها، مما يعين كثيرا على حل المسائل المعقدة، ويعطى الأحكام . القانونية شيئا من الثبات والاستقرار ، ويختلف اسلوب التقنين أيضا طبقا لما إذا أكثر المشرع أو أقل في الأحالة من نص إلى نص. وقد تكون هذه الاحالة ضرورية في بعض المواضع. ولكن الاكثار من الاحالة يجعل القانون غامضا معقدا . مثل ذلك التقنين الألماني ، اكثر المشرع الاحالة فيه من نص إلى آخر ، ثم من هذا النص الثاني إلى نص ثالث ، حتى أصبح لفزا مقتضى كثيرا من الجهد لجله . هذا إلى أن الإجالة قد تكون ناقصة ، فقد لا يستوعب المشرع كل النصوص التي تجب الاحالة إليها - أما المشرع السويسري فقد قلل من الأحالة بقدر المستطاع، فإذا ما أضطر إليها أشار إلى النص الذي مربد الإحالة إليه، لا برقم المادة التي تحتوي هذا النص،

بل بذكر ملخصى النصر فى عبارة واضحة. وهذا مثل طيب يح*دّدى في* التقنين.

وهناك أخيرا لغة التقنين . وهذه يجب أن تكون وأضحة دقيقة . فاللغة المعقدة تجعل القانون مغلقا ، كما أن اللغة غير الدقيقة تجعل القانون مبعلقا ، كما أن اللغة غير الدقيقة تجعل القانون مبعها . وقد امتأز التقنين الألماني بدقة لفظه في غير وضوح . وامتأز التقنين الفرنسي بوضوحه في غير دقة والقنين الذي يجمع بين الدقة والوضوح هو التقنين السويسري ، وكذلك المشروع الفرنسي الإيطالي . ويجب أن يكون للتشريع لغة فنية خاصة به ، يكون كل لفظ فيها موزونا معدد المعنى . وقد درج الانجليز في تشريعاتهم على إيراد تعرف للألفاظ التي ترد في التشريع ، لتحديد معناها . ولا يجوز أن يتغير معنى بلفظ الواحد باستعماله في عبارات مختلفة كما أنه إذا عبر عن معنى بلفظ معين ، وجب الا يتغير هذا اللفظ، أذا ربد التعبير عن هذا المعنى مرة أخرى . ولا يتنافي أن تكون لغة التقنين فنية مع أن تكون بسيطة تنزل إلى مستوى فهم الجمهور .

ب) ما يتبع من الإجراءات في تنقيح التقنين المصرى.

مقترحات عملية في هذا الموضوع الآن وقد استعرضنا المبادى، الرئيسية في صناعة التقنين . نتولى تطبيق هذه المبادى، على حالتنا الخاصة عند تنقيح التقنين المصرى ونحن نذكر هنا بعض مقترحات عملية . يصبح أن تكون أساس للاجراءات التي يجب إتخاذها في هذا التنقيح وإذا كنا قد انسقنا إلى ذكر شيء من ذلك ، فلرغبتنا في أن يؤدى بحثنا الغرض العملى الذي قصدنا إليه ونحصر مقترحاتنا في النقط الاتبة

(١) نرى أن يوكل تنقيع تقنينا إلى لجنة خاصة، تؤلف من عدد لا يزيد على العشرين من الرجال الفنيين، ينتخبون من بين القضاة والمحامين والأساتذة ورجال اقلام القضايا وغيرهم من المشتغلين بالقانون. ويكون من بينهم عدد من قضاة المحاكم المختلطة ورجال القانون الأجانب، وكذلك بعض رجال الشريعة الإسلامية من قضاة وفقهام، وبعض رجال الطوائف المصرية غير الاسلامية. وقد راعينا في

تشكيل اللحمة على هذا النحو اننا نريد تقنينا كاملا في الأحوال الشخصية والمعاملات، موحدا يطبق على المصربين والأجانب.

والى جانب هؤلاء الأعضاء الدانهين، يعين أعضاء غير دانمين، يعملون عند الحاجة اليهم، وينتخبون من دوائر الأعمال المختلفة، ويمثلون الزراعة والتجارة والصناعة والمال ومختلف نواحى النشاط الاقتصادى، ويضم اليهم عدد من الشيوخ والنواب.

(٢) تبدأ هذه اللجنة عملها بوضع الأسس العامة للتقنين الجديد. فترسم المبادىء الاقتصادية والاجتماعية التى تبنى عليها عملها، فتقرر مثلا على اى اساس تقوم الملكية ، والقيود التى تحددها ، وكيف تحمى الملكية المعدوية ، والوسائل التى تتخذ لجعل نظام الوقف اكثر مرونة معا هو عليه الأن ، والأسس التى يقوم عليها التشريع الخاص بالعمل وبالمسئولية التقصيرية وبالعقود ، وطرق اشهار الحقوق العينية ، ثم نظام تعدد الزوجات ، والطلاق ، والعدة ، وثبوت النسب ، وغير نلك

وتعرض هذه الأسس للاستفتاء العام على دوائر الأعمال المصرية والأجنبية، وعلى الهيئات العلمية والاجتماعير، محتلفة. وتنظم الاستفتاء سكرتارية تقوم ايضا باستقاء المعلومات وجمع الوثائق وعمل التحقيقات اللازمة. ويتبع في تنظيم الاستفتاء طرق منتجة حتى يكون مجديا. كان تشكل الهيئات التي تستفتى لجانا تكلف بدراسة ما تستفتى فيه وتقديم تقارير بنتيجة هذه الدراسة، وكأن تلجأ اللجنة إلى المجلات العلمية والصحف تستثير فيها اهتمام الجمهور.

ثم تعود اللجنة إلى مراجعة ما وضعته من الأسمى فى ضوء بتائج الاستفتاء العام

(٣) تحول هذه الأسس إلى البرلمان، لمناقشتها واقرارها.

(٤) تعود اللجنة، بأعضائها الفنيين الدائمين دون غيرهم. إلى العمل. فتنشىء مكتبا فنيا من ثلاثة اعضاء، يقوم بوضع مشروع لتبويب مفصل للتقنين، براعى فيه ما تقدم بسطه عند الكلام على التبويب الصالح(١)، ويعرض هذا المشروع على اللجنة العامة لمناقشته وإقراره.

 (١) سبق أن التقدنا تبويب التقنين المصرى وقد حملتنا عبوبه الكثيرة على أن نشير بالعدول علم السيما أننا نريد تقنينا الجديد تقنينا كاملا يشمل كل موضوعات (٥) تنقسم اللجنة العامة بعد نلك إلى لجنتين رئيسيتين، احداهما تتولى كتابة النصوص المتعلقة بأحكام الأحوال الشخصية، ويراعى في تشكيلها أن تكون أغلبية أعضائها من رجال الشريعة الاسلامية ورجال المطوائف غير الاسلامية. والثانية تتولى كتابة النصوص المتعلقة بالأحكام الأخرى، ويراعى في تشكيلها أن يمثل فيها العنصر الأجنبي تمثيلا كافيا.

وتشكل كل لجنة رئيسية من بين اعضائها لجانا فرعية يوزع بينها العمل. بحيث يكون في كل لجنة عضو تتوافر فيه الكفاية اللازمة لكتابة النصوص التشريعية. فيراعى في كتابتها اصول صناعة التقنين، ويستهدى في عمله بالأسس العامة التي سبق إقرارها من البرلمان، ويستعد الأحكام من المصادر التي سنشير إليها فيما يلي. ثم تجتمع كل لجنة رئيسية لمناقشة هذه النصوص واقرارها

القانون العدني، من أحوال شخصية ومعاملات وقد استعرضنا فيما تقدم تنويب التقنينات الحديثة، ومن السهل أن نستخلص منها لتقنيننا الجديد تبويبا منطقيا عمليا، نكتفي بسط اساسه فيما يأتي

يكون للتقنين قسم عام ، يعتبر مقدمة له تبسط فيه أحكام عامة تتعلق بتطبيق القانون بالنسبة للزمان وللمكان وللأشخاص وبالقواعد العامة مى تفسير القانون واستعانة القاضى بمبادى، العدالة فى ذلك ، وبنظرية سوء استعمال الحق ، وبعدم حواز التحايل على القانون (قارن العادة ٥ من المشروع البولوني)

ثم ينفسم التقنين بعد ذلك الى اقسام ثلاثة فسم لقانون الأسرة، وأخر لقانون المعاملات، وثالث لاثبات الوقائع القانونية وطرق الأشهار (وقد حطنا طرق الاثبات والإشهار فسما مستقلا، لأنها تتناول الحقوق الشخصية والحقوق العيبية، ونشعل المعاملات والأحوال الشخصية).

اما قانون الاسرة فيشتمل على كتب ثلاثة هى الأشخاص (الطبيعية والمعفوية أو الجمعيات والمنشأت) والروابط الشخصية للأسرة (الزواج والسسب) وروابطها المالية (العيراث والهبة والوصية والوقف)

وقانون المعاملات يتضمن كتبا اربعة الأموال وانواعها المختلفة. والحقوق العينية. ونظرية الالتزامات والعقود المعينة، والتأمينات

ويشمل القسم الثالث كتابين، اولهما في طرق اثبات الوقائع المادية والأعمال القانونية، والثاني في طرق الاشهار. وتحول بعد نلك نصوص المشروع كاملة إلى المكتب الفنى الذي اعد تبويب التقنين، ليحقق الوحدة والتناسق بين أجزائه موضوعا وشكلا ومن حيث الأسلوب واللفة. ويعد تقريرا رئيسيا عن المشروع يكون أساسا للأعمال التحضيرية.

ويعرض المشروع بعد ذلك للاستفتاء العام، على النحو الذي سبق في الاستفتاء الأول. ثم تراجعه اللجنة العامة مراجعة نهائية في ضوء هذا الاستفتاء الحديد.

(٦) يحول المشروع بعد ذلك الى البرلمان. وتقتصر المناقشة على المسائل العامة في المشروع بعد ذلك الى البرلمان. ويؤخذ الراى على المشروع جعلة واحدة . وإذا راى احد المجلسين ضرورة الخال اى تعديل، احيل الأمر على اللجنة لتقوم بنلك. ومما يجدر ذكره ان إقراد البرلمان للمشروع يصبح امرا سهلا، بعد ان تمت موافقته على الأسس العامة التي عليها في المرحلة الأولى من هذه الاجراءات.

(٧) يجمع في كتاب: (1) محاضر جلسات اللجنة العامة واللجنتين الرئيسيتين والجان الفرعية والمكتب الفني، (ب) تفاصيل الاستفتاءين الذين أجريا، (جـ) التقرير الرئيسي الذي وضعه المكتب الفني، (د) محاضر مجلس الشيوخ والنواب في مناقشته الأولى للأسس العامة وفي مناقشته الثانية للمشروع الكامل.

ويكون كل هذا هو مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين

(^) يكون وضع مشروع التقنين باللغة العربية. وبعد أن يصبح قانونا يترجم إلى اللغة الفرنسية ترجمة دقيقة وتترجم الأعمال التحضيرية كذلك وبذلك تكون اللغة العربية هي اللغة الأصلية والرسمية للتقنين.

ثانيا المصادر التي يستمد منها التنقيح من حيث الموضوع

بيان هذه المصالدي: اما من حيث الموضوع فنرى ان يكون التقنين مستمدا من مصادر ثلاثة: تجارب غيرنا من الأمم، وتقاليدنا الماضية في القانون، فتستهدى اللجنة التي يوكل إليها أمر التنقيح (اولا) بالقضاء المصرى في مدى نصف قرن، فهو المرشد العملى للمشرع. (ثانيا) بالتقنينات الحديثة، وما يمكن أن يستخلص من دروسها النافعة. (ثالثا) بالشريعة الاسلامية، وكانت شريعة البلد قبل دخول التشريع الحاضر، ولا تزال شريعته في نواح مختلفة. وقد اقتبس التقنين المصرى الحالى شيئا من أحكامها، ولا يزال يستطيع أن يقتبس منها الشيء الكثير.

أ) القضباء المصري

اهمية القضاء المصرى القضاء مو الذي يطبق نصوص التقنين كل يوم فيصلح بهذا التطبيق كثيرا من عيوبها . يكمل الناقص ، ويوضح المبهم ، ويحدد قيمة كل نص عند تطبيقه العملي . ومهما كان المشرع حازما حكيما دقيقا في عمله ، فإن بعض نصوصه التشريعية لا تعدو ان تكون مغرقة في التوسع او قاصرة في الضيق . وهي لا تستقر ، وتصبح ملاءمة للروابط التي وضعت لتنظيمها إلا بالتطبيق . فهي ، كما يقول الأستاذ فان اكر (Van Ackers) في محاضرة قيمة (١٠) ، كاللباس الجاهز ، لا يتناسب مع الجسم إلا بطول الاستعمال .

وقد كانت مهمة قضائنا المصرى، بنوع خاص، شاقة عسيرة، إذ كان مطلوبا منه أن ، يمصر، قانونا أجنبيا أدخل في البلاد بين يوم وليلة (17). فقام بعمله في كثير من اللباقة والمهارة لدلك نستطيع أن نستخلص من هذا القضاء، عند مراجعة تقنيننا، كثيرا من الدروس النافعة، لا يجوز أن نغفل عنها، فهي مستمدة من تجاربنا الخاصة ومن

⁽۱) انظر مجلة مصر العصرية سنة ١٩٢١ مجلد ١٢ ص ٣٨٥ ويبين الأستاذ هى هذا المقال اهمية رجوع المشرع الى احكام القصاء فى النقيح التشريمي (انظر بنوع حاص ص ٣٩٣ عن ٣٩٤ وص ٢٩٦١) انظر أيضا في نفس الموضوع مقالا للأستاذ مسينا في مجلة مصر العصرية سنة ١٩٣١ مجلد ١٢ ص ٣٨٦ ٣٨٣

⁽٣) على أنه يمكن القول أن التشريع الفرنسي لم يدخل في البلاد طفرة وأحدة. كما يظهر ذلك لأول وهلة عقد كان القانون التجاري الفرنسي يطبق في مصر قبل صدور التقنينات العاصرة، كما سنفت الإشارة إلى ذلك هذا إلى أنه بمقتضى الامتيارات الأجنبية، كانت القنصليات تطبق قوانينها ومنها القانون المدنى المختلط جرء ١ بند ٧ وما بعدها)

حياتنا اليومية. فنحن واثقون إنن انها تتلاءم مع ظروفنا وتتمشى مع حالتنا(١).

ومن المفيد ان نورد هنا امثلة تبين كيف نستطيع ان نستفيد من قضائنا، فهناك موضوعات مقتضبة اكملها القضاء، كالملكية في الشيوع وحقوق الارتفاق والاستراط لمصلحة الفير والتأمين والشخصيات المعنوية. ويقرب من هذا موضوعات تقسمتها الشريعة الإسلامية والتقنين المدني، فمزجهما القضاء معا واخرج منهما نظاما متناسقا عمليا، كالوقف والميراث والوصية والهية. وهناك احكام جديدة ابتكرها القضاء، كالشرط الجزائي والوصية في صورة البيع واهلية المحجور عليه قبل الحجر والمسئولية عن الأشياء والملكية الفنية والأدبية والصناعية

أمدنا القضاء في هذا بأحكام جديرة بالبحث والتمحيص ، لندمج منها الصالم في تقنيننا الجديد .

وها نحن نذكر بعضاً؛ من هذه الأحكام، ولا نقصد بنلك دراسة القضاء المصرى، فهذا خارج عن تطاق بحثناً، وإنما نورد بعض الأمثلة لندلل بها على أهمية الرجوع إلى القضاء في تنقيح التقنين

الطكية الشائعة. لايكاد الباحث يجد نصا تشريعيا في هذا النوع من الملكية ، مع اهميته وانتشاره في مصد ، والنصوص القليلة المتصلة بهذا الموضوع يجب ان نتلمسها في اماكن ليست مظنة لوجودها فيها . نجد في الفصل الخاص بالقسمة ، وقد ادمج في باب الشركات ، بعض النصوص المتطقة بقسمة المال الشائع . ثم نجد في قانون المرافعات نصا يقضى بعدم جواز الاتفاق على البقاء في الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات

⁽١) ومن المفيد أيضا أن نرجع الى التوثيقات القانونية، وما جرت عليه الناس في معاملاتهم، وما اعتادوه من الوسائل لتفيذ أحكام القانون، بل وللهرب من هذه الأحكام مي بعض الأعيان فتصايل الناس على حكم قانوني (Cautéle) ومضيهم في ذلك دليل على فساد هذا الحكم، فأولى بالمشرع اعادة النظر فيه عدد تنقيع تشريعه

ولاشك أن هناك كثيرا من الدوس الناقعة يمكن استغلاصها من الوقفيات وعقود التأمين وعقود الشركات المختلفة وعقود الإيجار وغير نلك مما جرى به الممل واستقر عليه العرف

(م ٧١١/٦٢١ مرافعات)، وهذا النص قد وضع فى مكان من القانون لا يتطرق إلى الذهن أن يبحث عنه فيه، حتى ليحار الباحث من هذا الخلط فى تبويب الأحكام.

ولكن القضاء المصرى تكفل بتفصيل احكام الملكية الشائعة. ويصح ان نتخذ المباديء التي قررها في هذا الشأن مرشدا للمشرع عند تنقيحه للتقنين. فمن هذه المباديء حق الشريك في أن يتصرف في نصيبه الشائع بجميع أنواع التصرفات من بيع ورهن وغير ذلك(^). بشرط أن يقع تصرفه على نصيبه الشائع(^). وحقه في اجراء الأعمال النافعة في الملك الشائع بطريق الوكالة الضمنية أو الفضالة(^)، وعدم جواز تصرفه في الشائع بطريق الوكالة الضمنية أو الفضالة(^)، وعدم جواز تصرفه في نصيب المتصرف(^)، وكذلك الأمر فيها يتعلق بالرهن(^)، وقرر القضاء أن الاتفاق على البقاء في الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات لا يكون باطلا، بل تنقص المدة إلى خمس (^)، وبين القضاء الأملى، ومعه القضاء المختلط، أن القسمة مقررة لا منشئة (^)، وهذا بالرغم من وجود نص

⁽۱) استثناف مختلط ۲ظ بوفير ۱۸۹۳م ٦ ص ٢٦

⁽١) يور سعيد الجزئية الأملية في اول اكتوبر سنة ١٩١٩ مجموعة ١٨ رقم ١٣

مر ۲۰ (۲) استئناف مختلط ۲۰ پیاپر سنة ۱۹۱۰ م ۲۳ می ۱۰۱

⁽۳) استئناف اهلی ۵ ینایر سنة ۱۸۹۹ مجموعة ۱ مص ۲۰۰۵ مایو سنة ۱۹۹۱ الشرائع السنة الأولی رقم ۶۸ مص ۲۶۰۰ مجکمة الاسکندریة الکلیة الأهلیة فی ۱۳۵ مارس سنة ۱۹۰۰ ۱ مجموعة ۲ رقم ۱۹۰ مص ۲۱ بور سعید الأهلیة الجزئیة می اول اکتوبر سنة ۱۹۱۱ میموعة ۱۸ رقم ۱۳ ص ۲۰ سانشاف مختلط ۹ یونیه سنة ۱۸۹۲ م ۵ مص ۱۳۰ ییایر سنة ۱۹۰۰ م ۱۷ مص ۲۷ س یونیه سنة ۱۹۲۱ م ۱۹۳ مازیت ۲۲ مص ۹۳ سنة ۱۹۳۲ مازیت ۲۲ مص ۹۳ می ۲۶ مبرایر سنة ۱۹۳۱ مازیت ۲۲ مص ۹۳ می ۱۹۳

 ⁽٤) استثناف مختلط ۲۰ يناير سنة ۱۹۱۵م ۸ ۷۱ ص ۱۳۶ ع مايو
 سنة ۱۹۱۵ م ۱۷ ص ۳۱۳ ع مايو سنة ۱۹۱۱ م ۱۸ ص ۳۰۰

⁽٥) كفر الزيات الأهلية الجزئية ١٥ ابريل سنة ١٩١٨ مجموعة ١٩ ص ١٣٦

⁽٦) اسيوط الأهلية الكلية ١١ مارس سنة ١٩٩٤ مجموعة ١٥ حد ٢٧٣. استئناف مختلط ٤ أبريل سنة ١٨٨٩م١ حد ١٤٧٠ـ ٨ مايو سنة ١٨٩٠م ٣ حر. ٢-٤.

صريح في التقنين المختلط يقضى بأن القسمة منشئة (٥٥٥ قانون مدنى مختلط). ووضع القضاء لحكاما لقسمة المهايئة (١٠). وله أحكام كثيرة في الملكية الشائعة ، نجتزيء منها بما تقدم .

حقوق الإرتفاق وهذه حقوق أهميتها في مصر لا تخفى. فالملكية المقارية لا تزال أهم أنواع الثروة المصرية. وقد قرر القضاء أحكاما في هذا الموضوع على جانب كبير من الأهمية.

من ذلك ما قررته محكمة الاستئناف الأهلية من أنه يجوز الاذن لمالك العلى ، إذا تهدم السفل ، في إعادة بنائه على نفقة مالكه . فكملت بذلك حكم المادة ٣٧ من القانون المدنى الأهلى الذي يقتصر على القضاء ببيع ألسفل . وقد طبقت محكمة الاستئناف في حكمها هذا المادة ١٩١٧ من القانون المدنى التي تجيز للدائن أن ينفذ التزام المدين تنفيذا عينيا على نفقة هذا المدرز؟).

كذلك قضت بعض المحاكم بأن الحائط الفاصل بين عقارين متجاورين يحكم في ملكيته بقواعد العدل وعادات البلد وحكم العقل ، وكل هذه تقضي بأنه عند عدم وجود دليل على العكس يكون هذا الحائط ملكيته مشتركة بين المالكين للعقارين المتجاورين ، لأنه على فرض أن أحد المالكين بناه من صاله الخاص فهو لا يسمح لجاره أن ينتقع به دون أن يدفع له نصف قدمة مصار هفه (1)

وحدد القضاء كذلك ماهو المقصود بالمطل الذي يجب أن تراعى فيه حدود المسافة القانونية⁽⁴⁾. وميز بين المطلات والمتاور⁽⁹⁾. وقضى أن

⁽۱) استئناف اهلی ۳۰ فبرایر سنة ۱۸۹۰ حقوق ۳ می ۱۷۵ تا فبرایر سنة ۱۹۱۰ میموعة ۱۱ می ۳۶۳

 ⁽۲) استثناف الهلي في ٦ مارس سنة ١٩٩٩ مجموعة ٢١ عن ١٥٠٠ انظر عكس
 نلك مصر الكلية الأهلية ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ محاماة ١٢ عن ٢٠٠٥

 ⁽⁷⁾ السنطة الأهلية الحزئية في ٣١ يتاير سنة ٢٠٦١ حقوق ٢١ من ٧٩.
 (8) وأن و ١١ يتنف ٢٠٠٠

⁽٤) عابدين الجزئية في ٢٤ يونيه سنة ٢٠ ٩١ حقوق ١٨ ص ٣٧ محكمة مصر الأملية الكلية في ٣٣ يولية سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٣٢٨

^(°) استثناف مختلط ١٦ ابريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٠٠، الموسكى الجزئية

كسب مطل على مسافة ممنوعة بمضى المدة لا يمنع صاحب العقار المرتفق به من أن يبنى على حدود ملكه ، حتى لو أدى الحال إلى سد المطل(١٠).

كذلك نرى بعض المحاكم الأهلية ابتكرت حكما خاصا بتملك حق المرور بالتقادم واستقلت في ذلك عن القضاء الفرنسي والقضاء المختلط . إذ أن هذين يقضيان بأن حق المرور غير مستمر (وللاستمرار هنا معنى خاص غير منطقى اتبعت فيه التقاليد وقضى به نص القانون الفرنسي (م تممة في التقنين المصرى) . أما المحاكم الأهلية التي نشير إليها ، فقد رجعت إلى حكم المنطق وقضت بأن حق المرور قد يكون مستمرا ، ويجوز تملكه بالتقايم (٢) . ونحن نؤثر هذا الراى الأخير ، وننصح المشرع باتباعه عند تنقيع التقنين .

وقد أخذ القضاء المصرى بحق الارتفاق الذي يقرره رب الأسرة دون نص في القانون على ذلك ، إذ أن أساس هذا الحق هو الرضاء الضمني ،

حصد اول ابريل سنة ن∙١٩ مجموعة ٤ ص ٢١٧_ رشيد الجزئية ١٦ ديسمبر سنه ١٩٩٩ مجموعة ١١ ص ٢٧٠_ الجيزة الجزئية ١٦ ابريل سنة ١٩٣٩ محاماة ١٠ م٧٧٧

⁽۱) استثناف اهلی فی ۸ دیسمبر سنة ۱۹۱۰ محموعة ۱۲ ص ۱۹ - الاسکندریة الأهلیة الکلیة ۲۲ دیسمبر سنة ۱۹۸ الفضایة ۱۸۹ مصر ۱۹۵ مصر الأهلیة الکلیة ۲۶ دیسمبر سنة ۱۸۹۰ الفضای ۲۰ می ۱۹۳۰ مستثناف مغتلط ۲ ابریل سنة ۲۰ - ۱۹ م ۱۹ مس ۱۳۷۸ - نوفمبر سنة ۱۹۱۱ م ۱۹ می ۱۹۳۸ می ۱۹۳۸ میدا می ۱۹۳۸ میدا سن ۱۹۳۸ میدا سناد ۱۹۳۸ میدا ص ۱۹۳۸ میدا میداد تا ۱۹۲۸ میدا ص ۱۳۲۸ میداد میداد ۲۸ م ۱۹۳۸ میداد ۲۸۳۸ میداد ۲۷۹ میداد ۲۷۸ میداد ۲۸ میداد ۲۷۸ میداد ۲۷۸ میداد ۲۷۸ میداد ۲۷۸ میداد ۲۸ میداد ۲۷۸ میداد ۲۸ میداد

⁽۳) طنطا الجزئية ۱۱ سبتمبر سنة ۱۹۱۰ الشرائع ٤ ص ۱۹۷۰ كفر الشيغ ۱۰ سبتمبر سنة ۱۹۸۰ الشرائع ۱۹ من ۱۹۸۰ كفر الشيغ ۱۰ سبتمبر سنة ۱۹۸۱ مجموعة ۲۲ ص ۲۷ مجموعة ۲۲ ص ۲۷ مجموعة ۲۲ ص ۲۷ مجموعة ۲۲ ص ۲۷ مجموعة ۲۸ می ۱۹۲۰ مجموعة ۲۲ ص ۲۷ مجموعة ۲۸ می ۱۹۲۰ مجموعة ۲۳ ص ۱۹۷۰ مجموعة ۲۸ می ۱۹۸۰ مجموعة ۲۸ می ۱۹۸۰ مجموعة ۱۹۸۰ می ۱۹۸۰ مجموعة ۲۰ می ۱۹۸۰ مجموعة ۲۰ می ۱۹۸۰ مجموعة ۲۰ می ۱۹۸۰ می ۱۹۸۱ می ۱۹۸۱ می ۱۹۸۱ می ۱۹۸۰ می ۱۳۰۱ می ۱۹۸۰ می ۱۳۰۱ می ۱۳۰۱ می ۱۳۰۱ می ۱۳۰۰ می ۱۹۸۰ می ۱۹۸۰ می ۱۳۰۰ می ۱۹۸۰ می ۱۳۰۰ می ۱۹۸۰ می ۱۳۰۱ می ۱۳۰۰ می ۱۳۰ می ۱۳۰۰ می ۱۳۰ می ۱۳ می ۱۳۰ می ۱۳۰ می ۱۳۰ می ۱۳۰ می ۱۳۰ می ۱۳۰ می

فهر متفق مع القواعد العامة. فأكمل القضاء بذلك نقصا في النصوصن التشريعية(١).

وواجه القضاء مشكلة عملية خطيرة، هي تحديد طبيعة القيود التي تشترط في البناء على الأرض الفضاء، مساحة وارتفاعا وأبعادا، فقضى بان مثل هذه القيود تعتبر حقوق عينية(٢).

الاشتراط لمصلحة الغير وعقود التامين: قدمنا أن التقنين المصرى لايحرى إلانصنا واحدا في الاشتراط لمصلحة الغير، وهو نص مغرق في الفموض، مع أن هذا النظام القانوني قد تقدم خطوات واسعة في المياة العملية، منذ انتشرت عقود التامين، وهي من أهم تطبيقاته، ويجب أن يفسع التقنين الجديدة صورة لنصوص صريحة في هذا الموضوع، كما يجب أن يخصص مكانا لعقد التامين بين العقود المعينة.

وتمكن الاستفادة من المباديء التي قررها القضاء المصري في هذا الشأن. فهو قد طبق نظرية الاشتراط لمصلحة الغير، ليس في عقود التأمين فحسب، بل في فروض اخرى تسترعي النظر. من ذلك ما قضت به محكمة الاستثناف المختلطة من أن اشتراط البائع لمقاد مرمون على المشترى أن يدفع الدين للدائن المرتهن هو اشتراط المصلحة الغير، ويكون للدائن المرتهن حق مباشر في نمة المشتري("). كذلك اتفاق البائع مع الجار الشفيع على أن يتنازل هذا الأخير عن حقه في الشفعة يعتبر اشتراطا لمصلحة الغير، وللمشترى أن يتمسك بهذا الاتفاق قبل الشفيع!"). وقد طبق القضاء النظرية أيضا في عقود الاحتكار، وما يلتزم به المحتكر نحو المستهاك("). وطبقها في القيود التي تشترطها شركات الأراضي على المستهاك("). وطبقها في القيود التي تشترطها شركات الأراضي على

⁽۱) استثناف الهلی ۳ دیسمبر سنة ۱۹۳۱ محاماة ۱۲ هن ۲۰۰ ۱۷ دیسمبر سنة ۱۹۳۱ مجموعة ۳۳ هن ۱۹۳۶ استثناف مختلط ۲۰ ایریل بهنة ۱۹۳۰ م ۳۳ هن ۲۸۱ اول ایریل سنة ۱۹۲۱ م ۳۸ هن ۳۱۹

⁽۲) محكمة الفقض في ٩ فبراير سنة ١٩٣٣ مجاماة ١٣ ص ٩٨٧ ـ استثناف أعلى ٨ مايو سنة ١٩٣٨ مجموعة ٢٩ ص ٣٣٠ والمكام الحرى كثيرة

⁽٣) استثناف مختلط ۲ مارس سنة ۱۹۹۱ م ۲۸ مس ۱۸۵ ـ ۱۸ ینایر سنة ۱۹۱۹ م ۳۱ مس ۱۹۷ .

⁽٤) استثناف مختلط في أول ابريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٥٥٠

^(°) استثناف مختلف ۲۰ دیسمبر سنة ۱۸۹۶ م ۷ ص ۶۱ـ۵ ۲۵ ینایر سنة ۱۹۲۲ م ۲۰ ص ۱۹۲۰

المسترين من حيث البناء، والتي قدمنا أن القضاء يرى فيها حقوق ارتفاق.

وسار القضاء شوطا بعيدا في تقرير العباديء العامة في الاشتراط لمصلحة الغير. فقرر أن للمنتفع حقا مباشرا في نمة المتعهد يستمده من العقد. وطبق ذلك بنوع خاص في عقود التامين، فاعطى الورثة المؤمن لمصلحتهم حقا مباشرا في نمة شركة التأمين، لا يأخذونه من التركة، حتى يدخل في ضمان دلئني المورث (۱). وقرر أن رضاء المنتفع ضروري لتثبيت ذلك الحق(7)، وأن للمشترط أن ينقض الحق قبل صدور هذا أضاء (۲).

ويطول بنا المقام لو حاولنا احصاء احكام القضاء المصرى في هذا الموضوع الخطير، فتكتفى هنا بما قدمناه، وتكرر أن المشرع المصرى يجد مادة خصبة في القضاء عندما يريد تقنين الأحكام المتعلقة بالاشتراط لمصلحة الفير وبعقود التأمين.

الوقف والحكو: لم يتعرض المشرع المصرى لهذا الموضوع الهام الإلام نصوص قليلة جدا (م ۲۲/۷ و م ۳٤/۱۷ و م ۳٤/۱۷ و م ۳٤/۱۷ و م ۳٤/۱۵ و م قد المصرية موقوفة. المصرى تقنين الأحكام المتعلقة بالوقف والحكر، فإنه لا يكفى فى ذلك ان يتخذ الشريعة الإسلامية مصدره فى هذا التقنين، وإن كانت عى المصدر الأساسى فى هذا الموضوع، بل يجب ايضا أن يستعرض احكام القضاء من أهلى وشرعى ومختلط، ويسترشد بها فى تقنينه.

⁽۱) استئناف مختلط فی ۲۸ نوفعبر سنة ۱۹۰۱ م ۱۶ ص ۲۷ ـ ۱۸ اینایر سنة ۱۹۰۷ م ۱۹ ص ۲۷ ـ ۱۸ ینایر سنة ۱۹۱۷ م ۲۹ ص ۱۹۲۷ ـ المنیا الأهلیة ۱۹۱۷ م ۲۹ ص ۱۹۲۳ ـ ۲۰ فیرایر سنة ۱۹۲۷ م ۲۹ ص ۲۹۱ ـ المنیا الأهلیة الکلیة فی الکلیة فی ۳۰ سبتمبر سنة ۱۹۲۹ مجاماة ۱۰ ص ۲۰۱ ـ طنطا الأهلیة الکلیة فی

 ⁽۲) استئناف مغتلط ۱۷ دیسمبر سنة ۱۹۱۶ م ۲۷ هی ۷۱ - ۱۰ مایو سنة ۱۹۱۷ م ۲۹ هن ٤١٥ ع غبرایر سنة ۱۹۱۸ م ۲۰ من ۲۲۱

 ⁽٣) أستثناف منظم في ٢٥ ايريل سنة ١٨٩٥ م ٧ هن ٢٦٣ ـ ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ هن ٣٨.

فقد اصدر القضاء المصرى احكاما بالغة في الكثرة، يقرر بها نظم الوقف، من حيث حقوق المستحقين، وثبوت الشخصية للوقف، وما لدائني المستحقين من حق على ربع الوقف، وكيفية إدارة الأعيان الموقوفة، وما يجوز لناظر الوقف من التصرفات وما لايجوز له، وحكم اجارة الوقف، ووضع اليد عليه، وتملكه بالتقادم، وانقضاء حق المستحق بالتقادم، وغير نلك من النواحي المتشعبة، مما لايتسع له نظاق هذا البحث.

كذلك صدرت احكام كثيرة متعلقة بالحكر وشروطه واحكامه وانواعه المختلفة ، مما يصلح أن يكون مرشدا للمشرع عند تقتنين الأحكام في هذا الموضوع .

المعيرات والوصية والهية. هذه موضوعات توزعت بين الشريعة الاسلامية والتقنين المدنى، فأصبحت حائرة قلقة بين النظامين، ولم يعن اللغة المصرى بها عناية كافية . أما القضاء وهو يواجه كل يوم كثيرا من مشاكلها ، ويعانى مسائلها المعقدة، فما لبث ان صاغ احكامها ورتبها ، ونحا في ذلك منحى عمليا ، موفقا بين قواعد الشريعة الاسلامية ومبادىء القانون المدنى ، ويستفيد مشرعنا ، كثيرا ، عند تقنين هذه الموضوعات ، من الرجوع إلى أحكام القضاء في مدى نصف القرن الماضى .

و أهم مشكلة واجهها القضاء في مسائل الميراث هي التوفيق بين مبدا الشريعة الاسلامية القاضي بأن لا تركة إلا بعد سداد الديون، ومبدا القانون الفرنسي الذي يقضى بأن تنتقل إلى الورثة ديون المورث كما تنتقل عددا الشريعة الاسلامية، فهي الشريعة واجبة التطبيق في هذه الحالة(1). ولكنه مع ذلك لا يسير في هذا المبدأ

⁽١) على أن العشرع المصرى يصرح في بعض الأحوال أن الالتزام لا ينتقل للوارث بعود العلقة من ذلك أنه ينتقل للوارث وفي العلقة على المعترض على المعترض المعترض المعترض المعترض على الأحوال القريد العامة وفي الأحوال القريد العامة على انتقضاء الالتراضات، أن الالتزام لا ينتقضي بعوث المدين، بلكن تلقول أن الالتزام وللتوفيق بين هذه القول أن الالتزام ومديد الشريعة الاسلامية، يمكن القول أن الالتزام بعثق الحوارث، ولكن مالقدر الذي كسبه من أموال التركة فورثة المستأجر مثلا المتركة ورثة المستأجر مثلا التركة بفدة الأجرة العدة البطية من الإيجاد، مشرط الا تزيد هذه الأجرة عن مقدار التركة التي ألت إليهم، محتسبا فيها منفعة العين المؤجرة الدي أليهم، محتسبا فيها منفعة العين المؤجرة الدي أليهم، محتسبا فيها منفعة العين المؤجرة الدي الديهم، محتسبا فيها منفعة العين المؤجرة الدي الدينات المؤجرة الدينات المناسبات المناسبات المناسبات المؤجرة الدينات التركة التي ألت اليهم، محتسبا فيها منفعة العين المؤجرة الدينات المؤجرة الدينات المناسبات المؤجرة الدينات المؤجرة المؤجرة المؤجرة المؤجرة الدينات المؤجرة الدينات المؤجرة الم

إلى النهاية، بل يحمى حق الغير الذي تعامل مع الوارث بحسن نية قبل سداد ديون التركة. وقد قضت محكمة الاسكندرية الأهلية الكلية بأنه إذا كانت التركة مدينة ، وباع أحد الورثة ما خصه من الميراث قبل وفاء الدين، وتبينت سلامة نية المشترى وعدم تواطئه مم البائم للاضرار بحق الدائن، فيكون البيم نافذا، ويعد من قبيل البيم الصادر من المدين لمن تكون نبته سليمة اضرارا بالدائنين، وهو صحيح ونافذ. وادعاء فساده بأن الميراث لا يكون إلا بعد وفاء الدين منقوض بأن ملكية أموال المتوفى تنتقل إلى ورثته في حال موته، فيكون هذا الوارث قد باع ما هو ملكه، وبأن معنى كون الميراث لا يكون إلا بعد وفاء الدين أن الوارث وأجب عليه دفع الدين على قدر قيمة ما ورثه ، ولا يلزم يزيادة ، إلا أن أموال المتوفى تبقى بدون مالك لفاية تمام دفع الدين(١). وقضت محكمة الاستثناف الأهلية بأن الوارث يملك شرعا مايتركه مورثه وقت الوفاة، والقول بأن لاتركة إلا بعد سداد الدين لايقصد به أن التركة تبقى معلقة لا مالك لها حتى ندفع ديون المورث كلها ، إنما معناه أن الوارث ملزم بدفع دين مورثه بنسبة ما اخذه من تركة ، فلذلك ليس لدائني المورث ان يطلبوا إلغاء البيم الحاصل من الورثة لشيء من أموال التركة ، بناء على أن البيع حصل قبل سداد ديون المورث، وأن الورثة قد باعوا حينند شيئا لا يملكونه، بل الطريقة الوحيدة للطعن في هذا البيع هي رفع دعوى إبطال التصرفات الصادرة من المدين، إذا توافرت شروط هذه الدعوى(٢)

على أن القضاء المصرى غير مطرد في هذه المسالة ، فهناك احكام كثيرة تحمى دائن التركة وتفضله على المشترى من الوارث^(٣). وخير

⁽۱) ۲۱ دیسمبر سنة ۱۸۹۱ القضاء ٤ من ۱۸

 ⁽۲) ٩ ديسمبر سنة ١٩١٧ مجموعة ١٤ ص ٤٢ . وانظر في المشترى سيء النية استثناف اهلي ٧٩ ديسمبر ١٩١٧ الشرائع ١ ص ٣٧٧

⁽٣) محكمة مصر الأهلية الكلية ٢٧ مارس سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١٠٠ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٠١ حقوق ٢١ ص ١٠٠ - ١٩٠١ فبراير سنة ١٩٠١ حقوق ٢١ ص ١٠٠ - الاستنداء الأطلية الكلية عن ٢ ابريل سنة ١٩٢٤ مجموعة ٢٨ صو ١٩٣٠ استثناف الهلي في ١٨ يونية سنة ١٩٣٧ محاماة ٢١ ص ٢٦٦ - ٨ مارس سنة ١٩٣٧ محاماة ٢٠ ص ٢٦٨ - ٨ مارس سنة ١٩٣٧ محاماة ٢٠ ص ٢٦٨ - ٨ مارس سنة ١٩٣٧ محاماة ٢٠ صد ١٦٨ - ١٩٨٨

ومن ذلك يتبين أن هذا الرأي الأخير هو الذي تقلب على الرأي الأول وللمحاكم المختلطة أحكام كثيرة في هذا الدوضوع

سبيل نراه في هذا الموضوع هو أن ينظم المشرع، عند مراجعة التقنين، طريقا لتصفية التركة، على مثال تصفية أموال المفاس، حتى تحفظ حقوق دائني المورث، ولا يضار الفير حسن النية الذي يتمامل مع الوارث

أما الوصية فأحكامها مستبدة من الشريعة الإسلامية كالميراث، ويلاحظ أن لائمة ترتيب المحاكم الشرعية تضمنت أحكاما في أثبات الوصية . ويحسن أن يربِّم المقنن في هذا الموضوع الى قضاء المحاكم الشرعية. أما قضاء المحاكم الأهلية فهو في أحدى نواحيه يكاد يكون مبتكرا. ذلك أن المحاكم تواجه كل يوم عقودا تفرغ عادة في شكل عقود البيع، وتصدر من أب لأولاده، أو من زوج لزوجه، أو من شخص لأخر. تربطه به رابطة قوية من قرابة أو نسب، ويكاد من يتتبع ظروف هذه العقود أن يجزم أنها وصايا لا بيوم. فالأب ببيم مالا لابنه، ومع ذلك يقر الأب في عقد البيم أنه قبض الثمن، وقد يكون مبلغا كبيرا، ويحتفظ الأب لنفسه بحق الانتفاع بالشيء المبيم، أو يبقى واضعا يده عليه يديره ويتصرف فيه كما لو كان لم يبعه، ويبقى عنده عقد البيم، فلا يسلمه للمشترى، ولا يسجله أو يسجله وبيقيه مخفيا عنده بعد ذلك. كل هذه قرائن تدل على أن البائم يومسي في الواقع لا يبيع ، وقد لجأ الى البيم لأنه ضاق بأحكام الوصية، فهي لاتجيز الوصية لوارث، وقد تكون هناك اسباب قوية تدعو المورث أن يؤثر بعض الورثة بشيء من ماله. وقد وقفت المحاكم الأهلية أمام هذه العقود وقفة المتردد، فهي تارة تقرها على أساس أنها بيم صحيم، وطورا تبطلها باعتبار أنه وصابا صادرة لبعض الورثة دون أن يجيزها الباقي، والمتتبع لأحكام القفداء في هذا الموضوع لايسمه الا أن يحمد هذه الجهود الكبيرة التي ببذلها حتى يوفق بين أحكام القانون والمقتضبات العملية . ويمكن القول بوجه عام أنه بمبل الى اعتبار هذه العقود صحيحة ، إذا حرص البائم على أن يفرغ العقد من الناسبة الشكلية في ثوب بيم لا شبهة فيه . وهو لا يبطل الا عقودا لم يثبت فيها أن المشترى صدر منه رضاء ولو ضمني، أو الكر فيها أن الثمن قد أبرئت منه زمة المشترى، أو استبقى البائم لنفسه ملكية الشيء الى حين موته . إما إذا كان العقد قد احتفظ بشكل البيع الناقل للملكية في الحال ، فقل أن تبطله المحاكم ، حتى ولو نصر في العقد أن البائع يحتفظ لنفسه بحق الانتفاع بالشيء العبيع طول حياته(١).

والظاهر من هذا القضاء المطرد أن الهاجة العملية هنا تطبت على الأحكام القانونية ، فتكسرت هذه الأحكام ، وأخضعتها المحاكم لمقتضيات الظروف بطريق الميلة . فلا شبهة في أن العقود التي حكم القضاء بصحتها يضفي أغلبها وصايا لا بيوعا ، ولكنها وصايا لها من ظروف اسرة الموصى ما يبررها ، فأجازتها المحاكم ، ولكن من طريق مستتر . فهي لم تجسر على أن تخالف حكم الشريعة الاسلامية الصديع ، وهو يقضى بالا وصبية لوارث : فعمدت إلى عتبار التصرف يهما ، مكتفية في ذلك بالشكل دون الموضوع ، ومتمشية مع الحيلة التي لجا اليها المتصرف ، هتي تجيز تصرفه .

وهذا مما يدعو الى التفكير، عند تقنين احكام الوصية، في بحث الحكام الشريعة الاسلامية في المن الموضوع، فهل يجد الباحث فيها شيئا يمين على مجاراة مثل هذه الظروف العملية، فتباح الوُصية لوارث، ولو في حدود ضيقة؟ هذا مثل نسوقه على ضرورة عناية المفرع ببحث ما تلجأ له الناس من الحيل للهوب من احكام تضيق بهم، فيعيد النظر فيها حتى يرفق بينها وبين الواقع.

أما الهبة فقد أورد المشرع المصرى فيها أعكاما هي أكثر نسبيا من الأمكام التي أوردها في الميرات وفي الوصية . على أنّه يجب الرجوع الي الشريعة الاسلامية إذا أريد تقنين أعكام الهبة الموضوعية . أما من حيث شكل الهبة ، ففي القضاء المصرى مادة خصبة يستطيع أن يستعد منها

⁽۱) انظر فی هذا المعنی استثناف اهلی ۱۱ اکتوبر ۱۹۱۶ حقوق ۲۰ ص ۱۷۷۰ - ۲۷ مارس ۱۹۱۰ الشرائح ۳ ص ۱۵۹۸ تینایر سنة ۱۹۱۸ میموعة ۱۹ ص ۲۷ مارس ۱۹۱۱ اشرائح ۳ ص ۱۹۷۹ ینایر سنة ۱۹۱۸ میموعة ۲۹ می ۱۳۰ بریل سنة ۱۹۲۰ میامات ۳ می ۱۹۲۰ - ۱ ایریل سنة ۱۹۲۸ میامات ۹ می ۱۹۷۷ - ۲۷ ایریل سنة ۱۹۲۸ میامات ۹ می ۱۹۷۷ میامات ۹ می ۱۹۷۷ میامات ۱۹ می ۱۹۷۰ ایریل سنة ۱۹۲۸ میامات ۱۹ می ۱۹۳۷ میامات ۱۹۳۰ میامات ۲۱ میامات ۱۹۳۰ میامات ۲۱ می ۱۹۳۰ میامات ۲۱ می ۱۹۳۰ میامات ۲۱ می ۱۹۳۰

المشرع تقنينه، ومن أهم العباديء التي قررها القضاء المصري في هذا الموضوع هو التعييز في عقود الهية المستترة، بين عقد صرح فيه بالابراء من الثمن أو بالتنازل عنه، فيكون هية باطلة، وأخر لم يصرح فيه بنك، فييقى صحيحاً(١).

الشوط الجزائي: ومن القضاء المشهور المبتكر ما قررته المحاكم الأملية والمحاكم المختلطة بشأن الشرط الجزائي. وقد خالفت فيه نصا صريحا في القانون، هو نص المادتين ١٨١/١٢٣، ويقضى بأن الشرط الجزائي لا يجوز المكم بأقل منه ولا بأكثر. ولكن ممكم الاستئناف المختلطة قضت بدوائرها المجتمعة (٢٠)بانه يجوز الا يحكم بشيء ما من الشرط الجزائي إذا لم يثبت حصول ضرر. ويمكن تبرير هذا المبدأ على الشرط الجزائي إنما هو تعويض، وشرط التعويض حصول الشرر. وذعبت المحاكم الأهلية الى ابعد من ذلك، فقضت بأن الشرط الجزائي، كما يجوز الفاؤه عند عدم حصول الضرر، يجوز كذلك تخفيضه إذا كان المبلغ المتفق عليه لا يتناسب مع الضرر الذي حصل فعلا (٢٠) وحجتها في ذلك أن الشرط الجزائي المبالغ في تقديره إنما هو شرط تهيدي محض لا يلتلات اليه وللمحاكم أن تقدر التعويض المناسب. على النه يمكن تبرير هذا المبدأ من الناحية الفقية على اساس نظرية السبب.

ومهما يكن من أمر قان القضاء المصدى، من أهلى ومختلط، مجمع على الخروج على نص صريح فى القانون، وأن كان يخرج عليه بشىء من التفاوت، ويبرر هذا الخروج تبريرا يختلف قوة وضعفا، وقضاؤنا المصرى مبتكر فى هذا، لا لخروجه على التشريع المصرى فسحب، بل

⁽۱) استئناف اعلى ٥ ابريل سنة ١٩٠٠ حقوق ١٩ ص ٤. ٤ مايو سنة ١٩٠٠ مجموعة ٦ ص ٢٣٦. ١٧ غبراير مجموعة ٦ ص ٣٦٦. ١٩ غبراير سنة ١٩٠٧ خقوق ٢٢ ص ٣٦٦. ١٧ غبراير سنة ١٩١٠ مجموعة ١٢ ص ٢٦٠. سنة ١٩١٠ مجموعة ١٢ ص ٢٠٠. ١٩٠ غبراير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ٢٠١. ١٩٠ نيسمبر سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ٣٠٥. ٣٠ نيسمبر سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ٣٠٥. ٣٠ نيسمبر سنة ١٩١٦ ابريل سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ ص ١٥. محكمة الاستئناف بدوائرها المجتمعة في اول مايو سنة ١٩٢٦ مجموعة ٣٢ ص ٨١.

^{ً (}۲) ۹ فبرآیر سنة ۱۹۲۲ م ۳۶ من ۱۵۵ (۲) ۲ دیسمبر سنة ۱۹۲۹ مجموعة ۲۷ من ۱۵۳

لاختلافه أيضا مع القضاء والتشريع الفرنسيين، فان هذين يقضيان بوجوب احترام الشرط الجزائي احتراما تاما، غلا يجوز الحكم بالخل منه ولا يأكثر.

وفي هذا ما يسترعى نظر المشرع المصري عند مراجعة التقنين . فعليه أن يزن هذا القضاء المبتكر ، وأن يعجه في تقنينه الجديد ، حتى لا يصطدم القضاء مع النصوص التشريعية الصريحة .

تصوفات السفيه قبل الحجو عليه ومنا ايضا نجد قضاءنا فيه شيء من الابتكار. فالقول المعمول به في الشريعة الاسلامية أن السفيه لا تبطل تصرفاته الا من وقت الحجر عليه، وليس لقرار الحجر أثر رجعى، وهذا قول أبي يرسف وهو المفتى به.

ولكن القضاء المصرى لا يقف عند ذلك. بل هو يحارب سوء النية والتواطئ على الفش بسلاح آخر ، غير قاعدة الحجر على تصرفات السفيه فإذا ثبت عنده أن السفيه بادر قبل توقيع الحجر عليه الى التصرف في أمواله ، متواطئاً في ذلك مع من تصرف له ، ابطل هذا التصرف ، تطبيقاً للمبدأ العام القاضى بأن القانون لايحمى الفش ولا التواطؤ ولا التحايل على الأحكام القانونية ، وكل ما يقع من ذلك يجب أن يكون باطلا(ا).

وهذا أيضا قضاء عملي عادل، يصح أن يدمج في تقنيننا الجديد.

المسئولهة عن الأشهاء . لبينا في حاجة الى استجراض تطور القضاء الفرنسي الغطير في هذا الموضوع ، فهو مشهور وإنما نكتفي بالاشارة

⁽۱) محكمة النقض ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٧ مجلة القانون والاقتصاد ٣ مس ١٩٤٧. من ١٩٧٧ - انظر الحكاما اغرى كثيرة فني هذا العصبي ، منها استثناف اهلى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٧١ محاماة ٨ من ٥٠ ـ استثناف لسيوط ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ محاماة ١٢ من ١٩٣٣ - استثناف مختلط ١ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٣٤ ص ١٩٠٥ م ١٩٣٠ ١٩٧٠ م ٣٤ من ٢٥٧ ـ ٢١ يئاير سنة ١٩٣٧ جازيت ٢٣ من ٨٣٨

ويلاحظ أن الامام صحيد يبطل تصرفات السفيه من وقت ظهور السفه ، لا من وقت السجر عليه فقط، فقضاؤنا يتفق مع راي محمد مي النتيجة ، وال كان يختلف عنه مي الأساس القانوني ، فيحمد يبطل التصرف قبل السجر السفء ، اما القضاء فيبطله للغش والتواطق ، فاذا فرض ان من تصرف له السفيه لم يكن متواطئاً معه بل كان حسن النية فالظاهر أن محمد يبطل الترصف بالرغم من ذلك ، أما القضاء الا يبطله .

الى أن القضاء الفرنسى وصل فى تطوره الى حد أن جعل المسئولية عن الأشياء مبنية على خطأ مفروض فرضا لا يقبل إثبات العكس.

اما في مصر فالحالة تغتلف عنها في فرنسا ، من حيث النصوص القانونية ومن حيث الظروف الاقتصادية . وعلى ذلك فلا يزال القضاء عندنا بوجه عام يتطلب اثبات خطأ في جانب المسئول عن الشيء حتى تتحقق مسئوليته . ولكن ذلك لم يمنع بعض المحاكم ، من املية ومختلطة ، أن تجاري التطور المديث ، وأن تقرر في قضائها مبدأ المسئولية دون خطأ ثابت . وقد حملها على ذلك تطور الحالة الاقتصادية في بلادنا ، ونهضنة الصناعة وارتقاء وسائل النقل وزيادتها معا يعرض الناس لأغطار لم تكن موجودة من قبل فعدات بعض المحاكم عن نظرية الشطأ الثابت ، واتخذت موقفا أكثر اتفاقا مع مقتضيات هذا التطور الحديث .

١ ـ طائفة وهي الغالبية تأخذ بمذهب الخطأ المفترض، وتقلد في ذلك القضاء الفرنسي ولكنها لاتزال تجتاز المراهل الأولى التي سبق للقضاء الفرنسي أن اجتازها من قبل، فيعضها يتلمس اساس الخطأ المفترض في المستولية التعاقدية، وبعضها يتلمسه من طريق القياس على المستولية عن الحيوان، وفريق ثالث يقرر مبدأ الخطأ المفترض دون أن يدعمه على الساس قانوني(١).

٢- والطائفة الأخرى سارت شوطا أبعد من هذا، وأخذت بعذهب تعمل التبعة (٦)، وهي في هذا قد سبقت القضاء الفرنسي، إذ هو لم يأخذ بهذا المذهب حتى اليوم.

⁽۱) من الأحكام التي اغنت بعبدا الغطا المفترض. استئناف منطلط ١٤ يونيه سنة ١٩٠٧م ١٥ ص ٢٧٦٠ ١٤ يونيه سنة ١٩٠٨م ١٥ ص ٢٧٦٠ ١٤ يونيه سنة ١٩٠٨م ٢١ ص ١٦٠ ٢٠ يونيه سنة ١٩٠٨م ٢٧ ص ١٦٠ ـ ٢٧٠ نوفيور سنة ١٩٧٨م ٢٦ ص ١٧٠ ـ محكمة استئناف اسيرط الأطلبة ١١ ديسمبر سنة ١٩٧٨م جموعة ٢٩ عد ١٧٠ ـ محكمة استئناف اسيرط الأطلبة في ٢٨ اكتوبر سنة ١٩٧٩ مجماعة ١٠ ص ١٥٠ ـ محكمة اللبان الجزئية ٢١ غيراير سنة ١٩٢٧م ١٣٠ عماماة ١٠ ص ١٥٠ ـ محكمة اللبان الجزئية ٢١ غيراير سنة ١٩٣٤م ٢٦ عد ١٨٢٠.

 ⁽٧) أنظر ممكنة استثناف مصر الأهلية في ١٠ أبريل سنة ١٩٣٧ مجموع ٢٨ عدد ٥٩ ممكنة مصر المختلطة الابتدائية ١٤ يونيه سنة ١٩٣٧ جازيت ١٩٣٧ -

وفي استعراض هذا القضاء، عند القيام بمراجعة التقنين، ما يدعو التفكير في تحديد الأساس الذي تبنى عليه المسئولية عن العمل الضار، وهل يحسن بمشرعنا أن يجاري القضاء في بعض الخطوات التي سار فيها، إذا وجد ما يبرر ذلك من تطور الظروف الاقتصادية في مصر.

الملكية الأدبية والفنية والصناعية: ومنا ايضا تجد القضاء المصرى، الأملى والمختلط، يبتكر المبادىء القانونية، لحماية هذا النوع من الملكية، إذا ليس له تشريع خاص يحميه. فاستعاض القضاء عن النصوص التشريعية بتطبيق مبادىء العدالة والقانون الطبيعى.

والمبادىء التى قررها القضاء فى هذا الشأن كثيرة مشهورة ، لا داعى لتقصيلها . وهى تصلح أن تكون مرشدا للمشرع المصرى فى تقينيه لأحكام هذه الملكية المعنوية . ولا يفوتنا أن نذكر أن الحكومة المصرية قد وضعت مشروع قانون للملكية الأدبية والغنية ولا يزال محلا للبحث .

ويتبين مما تقدم أن القضاء المصرى مادة خصبة يستفيد منها المشرع المصرى الشيء الكثير، عند مراجعة التقنين(١).

ب ـ التقنينات الحديثة أ

الى اى حد تمكن الاستفادة من هذه التقنينات: قدمنا أن التقنينات الحديثة مصدر خصب لمشرعنا، يستطيع أن يستمد منها كثيرا من المنادىء القانونية الصالحة في التقنين.

على اننا نشير بشيء من الحيطة في ذلك. واعتقادناً أن المشرع يحسن به أن يستمد تشريعه أو لا من قضاء البلاد وتجاربها الخاصة. فان اقرار القضاء المصرى لمبدأ واطراده في السير عليه دليل على صلاحية هذا المبدأ للحياة المصرية في اغلب الأحيان. والقانون ليس الا وليد هذه الحياة، يخضم لها، ويتأثر، ويجاريها.

۱۷ یونیه سنة ۱۹۳۹ جازیت ۳۰ ص ۱۹۵ استثناف مختلط ۳۷ نیسمبر سنة ۲۹۲۵ م ۳۸ ص ۱۷۲.

⁽١) على أن هناك مبادئ، قررها القضاء المصرى، لا تنصح للمشرع باتباعها. ونذكر مثلا لذلك مسئولية المستاجر عن احتراق العين المؤجرة، فالقضاء المصرى يصل المؤجر عبه الاثبات. ويضرج في ذلك على القواعد العامة، والأولى مخالفة هذا القضاء المبتكر، والرجوح الى القواعد العامة، فيكلف المستأجر بالاثبات.

على أن هذا لا يمنع أن نستفيد من تجارب الغير الى جانب تجاربنا الخاصة. فقد رأينا التقنينات الحديثة أرتقت رقيا كبيرا، وتقدمت فى رقيها على التقنين الفرنسى الذى أخذنا عنه. فإذا أردنا تنقيح تقنيننا وجب علينا أن ننتفم بهذا التقدم.

ونلاحظ أولا أنه لا يجوز لنا أن نستمد شيئا من قانون أجنبى في دائرة الأحوال الشخصية. فان هذه الدائرة تخضع قبل كل شيء امعتقداتنا الدينية، ولعاداتنا وتقاليدنا الخاصة، ولأسلوب حهاتنا الاجتماعية، مما لا يصبح أن نقلد فيه الأمم الأجنبية، وهي غربية عنا في عادتها، بعيدة في تقالدها.

ونلاعظ ثانيا أن أكثر ما نستفيده من التقنينات الحديثة إنما يكون من ناحية الشكل فاسلوب التقنين الحديث، وتبويب هذا التقنين تبويبا منطقيا محكما، وتوخى اللقة فى التعبير، وغير نلك مما سبق أن اشرنا اليه، نجد له مثلا طبية فى التشريعات المديثة، يجب علينا أن نتوخاها فى تقنينا الجديد

على ان هناك مبادى، قانونية كثيرة تتعلق بالموضوع لا بالشكل، نجدها في هذه التقنينات المديثة، وهي مبادى، تصلح أن نستلهم منها
الشيء الكثير في تقنيننا الفاص بالمعاملات^(۱)، لاسيما في الجزء
الضاص بالالتزامات، فإن هذا الجزء يكاد يكون مشتركا بين الأمم، يسهل
بينها التفاهم على مبادئه، لأن أساسه المنطق، والمنطق البشري الصحيح
واحد لايتفير، ولأن موضوع الالتزامات هو اكثر موضوعات القانون
تجردا من الاعتبارات المحلية، وتعشيا مع حركة التعامل الدولية، وتحليقا
في جو التعميم والشعول.

ومن هذه المبادىء ما يتناول نظريات عامة نتمشى على جميع نواحى القانون، كالمبادىء الخاصة بسلطة القاضى فى تفسير القانون، ونظرية سوء استعمال الحق، ومنها ما هو مقصور على ناحية معينة كالمنشآت

⁽١) وقد وضع الأستاذ والتون مقترهات جديرة بالنظر، ببعض نعموص تشريعية، تتطق بعق الملكية والتزامات الهوار، لتعديل التقنين المصرى فى هذه الموضوعات. وقد استحد اكثر عده النصوص من التقنينات الحديثة (انظر مقاله المنشور فى مجلة مصر العصرية سنة ١٩٦٦ مجلد ٧ ص ١٨٦ ـ ص ٢٠١).

(ولا نتكلم في السجل العقاري، فأمره معروف، ولا على والافلاس المدنية، وقد نظمته بعض القوانين الحديثة كالقانون الأكماني والقانون الدينية، و الكثر منها على السويسري). واكثرها يتصل بنظرية الالتزام كما قدمنا، نذكر منها على سبيل المثال المبادي، المتعلقة بتكوين العقد، والنيابة في التعاقد، والارادة المنفردة والصورية، والغين، والدفع بعدم التنفيذ، والاشتراط لمصلحة الغير، والمسئولية عن العمل الضار، والإثراء بلا سبب، وحوالة الدين، والوفاء.

هذه بعض المبادىء التى يصح فيها أن نتطلع الى الاستفادة من التقنينات المديثة، لم نحاول حصرها، وإنما أتينا بأمثلة نعلل بها على أهمية الرجوع الى هذه التقنينات، اسد بعض الثغرات فى تقنيننا الماضر، وقد سبق أن أشرنا الهها عند ما كنا نعدد عيوب هذا التقنين.

ونجتزىء بكلمة موجزة عن كل من المبادىء المتقدمة، نستعرض فيها ما قررته التقنينات الحديثة بشانها(١)، مما يصبح أن يكون مثلا لنا نمتذيه، ونتوخى الايجاز التام في ذلك، لضيق المقام.

سلطة القاضى في تفسير القانون: أهم ما يسترعى النظر في هذا الموضوع هي هذه الخطوة الجريئة التي خطاها المشرع السويسري في اعترافه الصديح بسلطة القاضى الواسعة ، لا في تفسير القانون فحسب ، بل في صنعه ايضا . فقد نص في المادة الأولى من القانون المدنى على ما يأتي . ويخضع للتشريح كل الموضوعات التي تعرضت لها نصوصه ، في الفاظها أو في روحها . وإذا لم يوجد نص قانوني يطبق ، حكم القاضي بمقتضى العادات ، فإذا لم توجد عادات ، حكم بعقتضى القواعد التي كان يسنها لو كان مشرعاً ، واستلهم في ذلك المبادىء التي اقرها الفقه والقضاء(١) » .

⁽١) ونقتصر على التقنين الأمانى والتقنين السويسري والمشروع الفرنسي الإيطالي، متى لايطول بنا البحث. ولكن لا يفوتنا أن نذكر أن هناك مصادر آخرى غير مقد يصع الرجوع اليها. نذكر منها على سبيا مثال المشروع البولوني، وقد تضمن في المادة الضامسة النص الآتى ولا يجوز التحايل على القانون، وكل عمل قانوني مشالف لهذا النص يكون باطلا لا أثر له». وهو نصر جدير أن نسترشد به في تقنينا الجديد.

وهذا النص جراته في صراحته. فهو يعدد للقاضى المصادر التي يستمد منها القانون. فينكر أولا النصوص التشريعية، ثم روح التشريع ، ثم العادات، ثم يترك الأمر بعد ذلك للقاضى، بشرع للحالة المعروضة أمامه، مستهلما في ذلك الفقه والقضاء. وهذا هو في الواقع من الأمر ما يفعله كل قاض، سويسرى أو غير سويسرى. ولا سبيل الى منع القاضى من الاجتهاد في الحالات التي لايرى أمامه فيها حكما من تشريع أو عرف، فهو لا محالة مشرع، يستنبط الحكم الذي يراه ملائما، ويقضى به. وليست جدة التشريع السويسرى في هذا الشأن الا في أنه قال صراحة ما لا يقوله المشرعون الأخرون عادة، خشية أن يسترسل القضاء في سلطة تفسيرية واسعة، ينقلب بها مشرعا، لا ينقيد حتى بالنصوص القانونية التي وامامه.

ونحن نتكفى بوضع هذا النص التشريعي الخطير تحت أعين الباحثين، ولانجزم بصواب نقله في تقنيننا الجديد.

فظرية سوء استعمال الحق: هذه نظرية يعترف بها الفقه ، ويطبقها القضاء ، في كل القوانين المتمدينة . ويطبقها القضاء المصدى في أحوال كثيرة . فعدم وجود نص تشريعي في هذا الموضوع نقص يجب أن نتلافاه في تقنينننا الجديد . وهذا ما فعلته التقنينات الحديثة . فقد نص التقنين الرائحاني في المادة ٢٧٦ على أن «استعمال الحق لا يكون جائزا ، إذا لم يقصد به الا احداث ضرر للفير(٢). ونص التقنين السويسرى (م ٢ يقصد به الا احداث ضرر للفير(٢). ونص التقنين السويسرى (م ٢ لمدنى) على أن «كل شخص مازم باستعمال جقوقه وتنفيذ التزاماته طبقا للقواعد التي يمليها حسن النية . وكل سوء استعمال ظاهر للحق لا يحميه

La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou (\)
l'esprit de ses dispositions. A défaut d'une disposition légale applieable, le juge
prononce selon le droit coutumier, et, à défaut d'une coutume, selon les régles
qu'il établirait s'il avait à faire acte de législation. Il s'inspire des solutions
consarcrées par la doctrine et la jurisprudence.

L'exercice d'uu droit n'est pas permis, lorsqu'il ne pent avoir d'autre (Y) but que de eauser dornmage it autrni.

القانون». ونمن المشروع الفرنسى الايطالي (م ٧٤ فقرة ثانية) على أنه ويلتزم ايضا بالتعويض كل من أحدث ضررا للغير، بأن جاوز، في استماله لحقه، المعدود التي يرسمها حسن النية، أو الفرض الذي من أجله أعطى هذا الحق:(٢).

والذي يطلب من مشرعنا أن يبت فيه، عند وضعه نصا بهذا العنى، هو أن يحدد بأي معيار يأخذ في هذه النظرية، أبمعيار مادي هو أكثر ضمانا لاستقرار المعاملات، أم بديمار شخصي هو أكثر تحقيقا للعدالة، أم يأخذ بالمعيارين معا معتزجين. ثم يبت كذلك في أي مكان يضع هذا النصر، أقى الفسم العام من التقنين، وهذا هو الذي نراه، إذ النظرية عامة تنبسط على جميع نواحى القانون، أم يضعه بين النصوص المتعلقة بالعمل الضار في مصادر الالتزامات، كما فعل المشروع الفرنسي الإطالي.

المنشآت والمؤسسات (fondations): لايوجد في قانوننا ولا في القانون الفرنسي نصوص خاصة بالمؤسسات. وهذا نقص ظاهر في التشريعين. والفرنسيون يحتالون على انشاء المؤسسات بطرق مختلفة ملتوية. اما في مصر، فقد أغنانا الوقف الى حد كبير عن هذه الطرق. إذ يستطيع من يريد انشاء مؤسسة أن يقف مالا يخصصه للغرض الذي يقصد اليه. ولكن بالرغم من ذلك لازلنا في حاجة شديدة الى نظام قانوني المؤسسات يكون أكثر مرونة من نظام الوقف المعروف. «فتنظم إدارة المؤسسات يكون أكثر مرونة من نظام العملية، ويسمح لجمهور كبير من الناس أن يكتتب في انشاء مؤسسات، حيث لا يسمح الوقف بانشائها، وحيث يستمان الآن بطريق ملتو على الوصول الى الغرض المقصود، بانشاء جمعيات من الأشخاص، لا مؤسسات من الأموال. كذلك ينظم هذا

Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations seion () les règles de la bonne foi. L'abus mauifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi.

Doit également réparation celui qui a causé un dommage à autrui en (Y) excédant, l'exercice de son droit, les lumites fixées par la bonne foi ou par le but en vue daquel ce droit lui a été conféré.

التشريع رقابة الجهة الادارية على المؤسسات (اما في نظام الوقف فالمماكم الشرعية هي التي لها حق الرقابة)، ويرخص للمؤسسة ان تتحول من غرض الذي انشئت من اجد فقد اهميته، أو اصبح مخالفا لروح الزمن أو للنظام العام. كل هذه مزايا لا تتوافر في نظام الوقف. هذا الي أن الوقف يجب أن ينتهي الي جهة بر لا تنقطع، فلا يمكن أذن وقف مال على مشروعات اجتماعية أو اقتصادية أبتداء ، إذا لم تدخل هذه المشروعات في دائرة جهات البر (۱۰).

هذا النقص في تشريعنا تالافاه التشريعان الألماني والسويسري، فتضمنا نصوصا (م ^ A - A - الماني و م ^ A - P A مدني سويسري) تنظم المؤسسات وتقضي هذه النصوص بان المؤسسة تنشأ بعمل قانوني صادر من جانب واحد . فارادة المنشيء هي التي توجد المؤسسة وتضع نظمها . وهذه الارادة تصدر من صاحبها لتنتج اثرها ، اما في حياته ، أو بعد موته وتكون الارادة في هذه الحالة في شكل وصية . ثم يلتزم المنشيء بارادته المنفردة أيضا أن ينقل الي المؤسسة ملكية ما تعهد بدفعه من المال الذي خصصه لهذا الفرض . ومن المضروري في القانون الألماني المصول على ترخيص من المكومة (بخلاف القانون السويسري) . ويجوز للحكومة التعديل من أغراض المؤسسة ، إذا أصبحت الأغراض الأولى مخالفة للنظام العام ، وتحترم في ذلك ارادة المنشيء بقدر الامكان.

وهناك مشروع قانون في فرنسا يضع نظاما للمؤسسات، ويجعل انشاءها بطريق مباشر، بمجرد تخصيص مال لها. وتكسب المؤسسة الشخصية المعنوية باعلان يماثل الاعلان الذي تكسب به الجمعيات هذه الشخصية. ولا يسمح باشهار المؤسسة الا بعد ترخيص من الجهة الادارية، والترخيص تارة يكون حتميا، وطورا يترك لتقدير الادارة، مع جواز الطعن في هذا التقدير أمام المحكمة الادارية العليا. وقد نظمت في هذا المشروع رقابة الجهة الادراية على المؤسسات.

⁽١) انظر كتابنا في الالتزامات جزء أول نظرية العقد ص ٢٠٤ هامش نمرة ١.

أمامنا كل هذه النصوص في التشريعات المختلفة ، نستطيع أن نستلهم منها تشريعا يتناسب مع حالتنا الخاصة ، لتنظيم المؤسسات في مصر . فأن أمر هذه المؤسسات أصبع الآن خطيرا بانتشار أعمال البر ، وبازدياد النشاط الاقتصادي في البلاد . `

تكوين العقد: قدمنا أن تقنيننا المدنى قد أغفل مسألة من أمهات المسائل في العقد، وهي مسألة تكرينه، فلا نص عندنا يقرر كيف يتكون العقد، وما يتعلق بذلك من أحكام مختلفة، مثل القوة الملزمة للإيجاب، وتوافق الايجاب مع القبول، وفي أي وقت يتم ذلك إذا كان التماقد بين غائبين، وفي أي مكان، وما قيمة الإيجاب الممروض على الجمهور. وما قيمة الايجاب الممروض على الجمهور. وما قيمة السكوت كتعبير عن الارادة، وغير ذلك من المسائل الهامة.

ونستطيع أن نستفيد فائدة كيرى من نصوص قانون الالتزامات السويسرى في هذا الصدد، فهي من خير المثل التي تحتذي، وقد فصل المشرع السويسرى الأحكام المتقدمة في المواد العشر الأولى من قانون الالتزامات، وهذه هي نصوصها:

المسادة 1: «يكون المقد تاما ، عندما يظهر المتعاقدان ارادتيهما ، متبادلتين متوافقتين . واظهار الارادة قد يكون صريحا أو ضمنيا «١٠). وبيدو أن هذا النص يأخذ بنظرية الارادة الظاهرة في العقد .

المادة ٢: اإذا اتفق المتعاقدان على كل المسائل الجوهرية ، اعتبر المقد قد تم ، حتى ولو بقيت بعض المسائل الثانوية دون اتفاق ، وفي حالة عدم الاتفاق على هذه المسائل الثانوية ، يبت فيها القاضى ، ويعتبر في نلك طبيعة التمامل . (٢٠) ، وظاهر أن هذا النص يعطى القاضى بعض السلطة في تكوين العقد ، وهذا مثل جديد على تفويض المشرع السويسرى

Art, ler. Le contrat est parfait lorsque les parties, ont, réciproquement (1) et d'une manière concordante, manifesté leur volonté. cete manifestaion peut être expresse ou tacite.

Art. 2. Si les parties se sont mises d'accord sur tous les points (*) essentiels, le contrat est réputé conclu, lors même que des points secondaires ont élé réservés. A défaut d'accord sur les points secondaires, le juge les règle en tenant comple de la nature de l'affaire.

⁽م ٩ - مقالات د . السنهوري جد ١)

للقاضي كثيرا من الأمور ، فهو يشرع تارة ، ويساعد الأفراد على تكوين عقودهم تارة أخرى .

المادة ٣: «كل شخص يعرض اتمام عقد على آخر، ويحدد ميعادا للقبول، يلتزم بايجابه حتى نهاية الميعاد. وينحل التزامه إذا لم يصله القبول قبل انتهاء الميعاد، (١٠). وفي هذا النص اعتراف بالقوة العلزمة للايجاب، وأخذ بنظرية العلم والقبول.

المادة ٤ ، إذا عرض الايجاب على شخص حاضر، دون تحديد ميعاد للقبول، تحلل صاحب الايجاب إذا لم يصدر القبول في الحال. وتعتبر العقود التي تمت بطريق التليفون عقودا بين حاضرين، إذا اتصل الطرفان، أو وكيلاهما، أحدهما بالأخر اتصالا شخصيا ، (٦). وقد اعتبر هذا النص العقد بطريق التليفون كانه عقد تم بين حاضرين، وأن كان ذلك لا يصدق الا من حيث الوقت الذي يتم فيه العقد، لا من حيث المكان.

المادة •: وإذا صدر الايجاب لشخص غائب، ولم يحدد لقبوله ميعاد، بقى صاحب الايجاب مرتبطا به ألى ألوقت الذي يتوقع فيه وصول رد يرسل في ألوقت المناسب ويطريق منتظم، وله أن يفرض وصول الايجاب في وقت مناسب، وإذا وصل القبول، ولو أرسل في وقت مناسب، متأخرا ألى من صدر منه الايجاب، وكان هذا لا يريد الارتباط به، وجب عليه أن يعلم من صدر منه القبول بذلك في الحال (*)، وعند هذا النص

- Art. 3. Toute personne qui propose à une autre la conclusion d'un (1) contrat en lui fixant un délai pour accepter, est liée par son offre jusqu'à l'expiration de ce délai. Elle est déliée, si l'acceptation ne lui parvient pas avant l'expiration du délai.
 - Art. 4 Lorsque l'offre a élé faite à une personne prévente sans (*) fixation de délai pour l'accepter. l'auteur de l'offre est délié. si l'acceptation n'a pas lieu immédiatement. Les contrats conclus par téléphone sont censés faits entre presents, si les parties ou leurs mandataires ont été personnellement en communication,
 - Art. 5. Lorsque l'offre a été faite sans fixation de delai a une personne (*) non présente, l'auteur de llé jusqu'au moment où il peut s'attendre à l'arrivée d'une réponse expédiée à temps et régulièrement. It a le droit d'admettre que l'offre à été reçue à temps. Si l'acceptation expédiée à temps parvient ardivement à l'auteur de l'offer, et que celui-ci entende ne pas étre lié, il doit en informer immédiatement l'acceptant.

لا يسعنا ألا أن نعجب بالتسلسل المنطقى الذي ساق به المشرع السويسري نصوصه . فهو في المادة الثالثة يفترض أن الموجب حدد ميمادا اللقبول ، وفي المادتين الرابعة والخامسة افترض انه لم يحدد ميمادا سواء كان الطرف الآخر حاضرا ، وهذا ما نص على حكمه في المادة الرابعة ، أو غائبا ، وهذا ما خصص له المادة الخامسة .

المعادة 1: «إذا كان صناحب الايجاب، نظرا لطبيعة التعامل الخاصة أو للظروف، لا يتوقع صدور قبول، يعتبر العقد قد تم إذا لم يرفض الايجاب في ميعاد مناسب⁽¹⁾ «. وهذا نصل محكم، يبين متى يعتبر السكوت قبولا. يقابله نصل لا يقل عنه أحكاما، عند فقهاء الشريعة الاسلامية يقضى بأن «السكوت في معرض الحاجة بيان».

المادة V: وصاحب الايجاب لا يتقيد به ، إذا تمفظ في هذا الشان تحفظا صريحا ، أو إذا ظهرت نيته في عدم التقيد ، من الظروف أو من طبيعة التعامل الضاصة . ولا يعتبر ايجابا ملزما ارسال الأسعار والأثمان المعتادة وغيرها . أما عرض البضائع مع بيان اثمانها فيعتبر ايجابا (٢٠٠) ، وهذا نص ياتي بتطبيقات عملية ، تبين متى يعتبر العرض المسادر من الموجب مجرد مفاوضة ، ومتى يعتبر ايجابا باتا . وقد يكون موضوع هذا النص متأخرا في هذا المكان .

المادة A: «من تعهد علنا باعطاء جائزة في مقابل القيام بعمل، يلتزم بدفعها طبقا لتعهده، فإذا عدل عن التعهد قبل أن يصل اليه شيء، التزم برد المصاريف التي أنفقت عن حسن نية، الى حد قيمة المكافأة التي وعد مها، إلا إذا أثنت أن النتاحة المنشودة ما كانت لتتحقق (٣).

Art. 6. Lorsque l'auteur de l'offer ne devait pas, en raison de al nature (3) spéciale de l'affaire, soit des circonstances, s'attendre à son acceptation, le contrat est réputé conclu si l'offre n'a pas été refusée dans un délai convenable.

Art. 7. L'auteur de l'offre n'est pas lié s'il a fait à cet égard des réserves(Y) expresses, ou si son intention de ne pas s'obliger résulte soit des circonstances, soit, de la nature spéciale de l'affaure. L'envoi de tarifs, de prix courants ete, ne constitue pas une offre de contracter. Le fait d'exposer des marchandises avec indication de prix, est tenu dans la régle pour une offre.

Art. 8. Celui qui promet publiquement un prix en échange d'une (V) prestation. est tenu de la payer conformément à sa promesse. S'il retire sa

وهذا النص الذي يحدد ، في حالة عرض جائزة على الجمهور ، الوقت الذي لا يستطيع فيه الموجب العدول عن ايجابه ، لا يتفق مع المنطق في نظرنا . وكان الأولى أن يكون هذا الوقت هو علم شخص معين من الناس بالجائزة المعروضة ، لا قيام هذا الشخص بالعمل المطلوب .

المعادة 9: ديعتبر الإيجاب غير موجود، إذا وصل العدول عنه الى من توجه اليه، قبل وصول الايجاب، أو في نفس الوقت، أو بعد هذا الوقت بشرط أن يعلم به الطرف الآخر قبل العلم بالايجاب، وتطبق القاعدة نفسها في حالة العدول عن القبول $(^1)_3$ ، وهذا نص يبين متى يمكن العدول عن الإيجاب أو القبول، ويظهر لنا أن موضوع النص في هذا المكان متأخر، كما لاعظنا ذلك في نصر العادة V.

المسادة ١٠ « التعاقد فيما بين غائبين ينتج أثاره من الوقت الذي يصدر فيه القبول . وإذا لم يكن القبول الصريح ضروريا ، فترجع أثار العقد الى وقت قبول الايجاب(٢) ، وهذا نصى في الثماقد بالمراسلة ، تضمن حلا ، هو مجل للنظر ، في هذا الموضوع الدقيق .

هذه نصوص واضعة ، تقرر اعكاما هامة . وهي مثل طيب في الترتيب المنطقي والوضوح وإستماية الموضوع في غير تكلف ولا اطالة . ونتمني على مشرعنا لو عنى بدراسة هذه النصوص وامثالها عند مراجعة التقنين المدنى، حتى يقتس منها ما يراه صالحا في هذا الموضوع الهام ، بعد أن أغفله تاما في التقنين الحالي .

وقد وضع المشروع الفرنسى الايطالي نصوصا مماثلة للنصوص المتقدمة في تكوين العقد (م ٢- ٤). وهي أكثر اغتصارا، ولكنها أقل وضوحا، وليس فيها هذا التسلسل المنطقي الذي نراه في قانون

promesse avant qu'une prestation lui soit parvenue, il est tenu de rembourser, au plus jusqu'à concurrence de ce qu'il avait promis, les impenses faites de bonne foi, à moins cependant qu'il ne prouve que le succes espéré n'aurait pas été obtenu. Art. 9. L'offre est considérée comme non avenue, sl le retrait en parvient (\) avant l'offre ou en même temps au destinataire, ou si, étant arrivé postérieurement, il est communiqué au destinataire avant que celui-ci ait pris connaissance de l'offre. La même règle s'applique au retrait de l'acceptation. Art. 10. Le contrat entre absents déplole ses effets dés le moment ou (\forall) l'acceptation a été expédiée. Si une acceptation expresse n'est pas nécessaire, les effets du contrat remontent au moment de l'acceptation de l'offre.

الالتزامات السويسرى ومن بين النصوص الثلاثة التى أتى بها المشروع فى هذا الموضوع ، نرى النص الثانى (م ٢) طويلا شديد التعقيد ، قليل التناسق ، وكان الأولى تجزئته الى عدة نصوص .

اما التقنين الأماني، فقد تناول هذا الموضوع في نصوص كثيرة (م ١٤٥ ـ ١٥٦)). وتمتاز هذه النصوص بترتيب منطقي قد يكون أدق من ترتيب التقنين السويسري، وتمتاز كذلك بأنها استوعبت فروضا عملية لم يتعرض لها المشرع الفرنسي، فهي جديرة بالدراسة والتحجيص، لتقارن بنصوص التشريع السويسري، فيخرج الباعث بنتائج كبيرة القيمة من الناحية التشريعية، ولولا ضيق المقام لأوردنا النصوص الأمانية، ولكن نكتفي باشارة الى نص العادة ١٩٥٣، وهو يقضى بعدم سقوط الايجاب بعوت أو زوال اهلية الموجب، وهذه نتيجة منطقية من جعل

الغهابة في العاقد: لم يضع العشرع المصدى نظرية عامة للنيابة في التماقد، ولا نجد مثل هذه النظرية في التشريعات ناقصان من هذه الناهية. واقتصارهما على عقد الوكالة لا يكلى لتقوير كل احكام النيابة، فالوكالة ليست الا نوعا واحدا من انواع النيابة.

وقد عنيت التقنينات الحديثة بهذا الموضوع، فنرى التقنين الألماني يورد نظرية كاملة للنيابة (م ١٦٤ - ١٨١) بدقته المعهودة، وترتيبه المنطقي، واستيعابه للموضوع.

وكذلك فعل قانون الالتزامات السويسرى (م ٣٣ - ٤٠) والمشروع الفرنسى الايطالي (م ٣٠ - ٣٧) ونصوص هذه التقنينات الثلاثة جديرة بالمقارنة بعضها بالبعض الآخر، حتى يستخلص منها نصوص صالحة لادماهها في تقنيننا الحديد.

الارادة المنفودة: هي نظرية جرمانية الأصل ، ولكنها جاوزت حدود القوانين الجرمانية ، وانتشرت في كثير من القوانين .

اما التقنين الألماني فقد قرر عدم الأخذ بها كنظرية عامة ، وان كان قد اخذ بها على سبيل الاستثناء في مواضع معينة نص عليها (انظر م ٣٠٥) . وقد سار قانون الالتزامات السويسري على هذا المنهج ، فاعترف بالارادة المنفردة مولدة للالتزام في حالات خاصة .

وانفرد المشروع الفرنسي الايطالي بعقد فصل خاص للارادة المنفردة ، بالعتبارها مصدرا للالتزام ، فقضى في المادة ٦٠ بأن الارادة المنفردة إذا كانت مكتوبة ، واقترنت بأجل محدد ، تلزم صاحبها بمجرد ومنولها إلى علم من توجهت إليه ولم يرفضها. وتنطبق على الارادة المنفردة القواعد التي تنطبق على العقد، عدا القواعد المتعلقة بوجوب توافق الارادتين لانشاء الالتزامات ...(١) و. وقد جاء في التقرير المرفق بالمشروع ما يأتي: «أن هذا النص كان مثارا للمناقشة بين أعضاء اللجنتين الفرنسية والإيطالية. فقد ظن البعض أن في تقرير هذا المبدأ تجديدا جريئا لا يتطلبه العمل. ولكن هذا الاعتراض، إذا كان فيه بعض الوجاهة بالنسبة للقانون الفرنسي، غير وجيه بالنسبة للقانون الايطالي. فقد نصت المادة ٣٦ من القانون التجاري الإنطالي على أنه في العقود الملزمة لجانب واحد، بعثير الإيجار ملزما بمجرد وصوله إلى علم من توجه إليه، فالتجديد ليس إذن كبير بالنسبة لهذا القانون، ومن المفيد ادخاله في القانون الفرنسي، فهو يضع حدا للخلاف في تعرف طبيعة بعض الأعمال القانونية ، هل هي عقود أو هي مجرد إرادة منفردة ، كما في تطهير العقار ، وهو في الوقت ذاته يوسع دائرة احترام ما يصدر عن الشخص من تعهد ، بالتمشى مع ما يقتضيه حسن النية . على أن المادة ٦٠ قد رسمت حدودا معقولة لهذا التحديد، فهي لم تكتف بالشروط الموضوعية للعقد، من الأهلية ومشروعية المجل والسبب، بل اشترطت فوق ذلك أن تكون الارادة المنفردة الملزمة ثابتة بالكتابة ، وأن تحدد مدة ليقائها ملامة و(٢).

Art 60. La promesse unilatérale, si elle est faite par éerit et si sa (3) durée n'est pas indéterninée, oblige son auteur aussitoi qu'elle est arrivée à la connaissancé de la personne à laquelle elle est destinée, à moins que celle-ci ne refuse.

Sont applicables à la promesse unilatérale toutes les régles des contrats, à l'exception de celles qui se référent è la nécessité de l'accord des volontés pour l'existence des obligations.

⁽۲) انظر ص ۷۱ ـ ص ۷۷ من التقرير المنكور . انظر ايضا م ۲۳ من القانون التونسي و م ۱۸ من القانون المراكشي .

ولا يسعنا، امام الاعتبارات التي اشار اليها التقرير، ألا أن نشير بجعل هذه المسألة موضوع عناية مشرعنا عند وضع التقنين الجديد.

الصورية: موضوع نو خطر في الحياة العملية. ليس عندنا فيه نصر فيما عدا الهية المستترة. والنصوص الفرنسية ناقصة معيبة.

وقد وضع المشرع الألماني نصافي الصورية (م ١٩٧) يقضي بجعل العقد المقيقي هو الذي يسرى دون العقد الظاهر، حتى بالنسبة للفير. وهو حكم غريب نفضل عليه حكم قانون الالتزامات السويسرى (م ١٨ فقرة ثانية) ويقضى بسريان العقد الظاهر.

واقضل من النصين، واكثر استيعابا للموضوع، نص المادتين 9 ع و 0 من المسروع الفرنسى الايطالي، وتقضى المادة الأولى بأنه افي حالة العسورية، لا ينتج العقد الظاهر اثرا فيما بين المتعاقدين وإذا قصد المتعاقدان، باتخاذهما شكل عقد معين، أن ييرما عقدا آخر، فهذا العقد الأخير يكون صحيحا إذا توافرت فيه كل الشروط الموضوعية اللازمة لمسمته، ويجوز لدائني المتعاقدين وللفير أن يتسكوا بالعقد الظاهر إذا كانوا حسنى النية، ويجوز لهم أيضا أن يثبتوا الصورية التي وقعت ضارة بهم، ويجوز أثبات الصورية بكل الطرق، حتى فيما بين بهم، ويجوز أثبات الصورية بكل الطرق، حتى فيما بين لتمتعقدين .(١) م، وتقضى المادة الأخرى بأن «العقود المستترة التي لم يقرد القانون بطلانها تنتج اثرها فيما بين المتعاقدين وخلفهم العام، ولا يجوز التمسك بها على من لم يكن طرفا فيها، ولكن هؤلاء لهم أن يتمسكوا).

Art 49. Au cas de simulation, le contrat apparent ne produit pas (3) d'effets entre les parties. Si sous la forme d'un contrat, les parties out voulu en conclure nn autre, ce dernier est valable poursa qu'il réunisse toutes les conditions de fond requises pour sa validité. Les créancers des parties contractantes et les tiers peuvent se prévaloir du contrat apparent pourvu qu'ils soient de bonne foi; ils peuvent aussi prouver la simulation faite à leur préjudice. La simulation peut être prouvée par tous moyens, même entre les parties.

Art. 50. Les contre-letters qui ne sont point déclarées nulles par (*) la loi ont effet entre les parties contractantes et leurs successeurs à titre universel. Elles ne peuvent être opposées à ceux qui y ont été étrangers, mais ceux-ci peuvent s'en prévaloir.

وفي هذين النصين المتقدمين ملفض دقيق واضع لأحكام الصورية. وهما ولاشك نصان يصلحان الإستناس بهما عند مراجعة التقنين المصرى. ونلاحظ أن المشروع الفرنسي الإيطالي قد خرج على القواعد العامة في احكام الصورية في مسألة واحدة، وهي اثبات الصورية فيما بين المتعاقدين، فقد أجاز هذا الاثبات بجميع الطرق.

الفين: لم يضع المشرع المصري نظرية عامة للفين، بل اقتصر على الجازة الطعن بالفين في بعض حالات معينة نص عليها. وكذلك فعل المشرع الفرنسي، والتشريعان ناقصان من هذه الناحية.

أما التقنينات الحديثة فقد عنيت بهذا الموضوع الهام ، فوضعت فيه نصوصنا عامة .

من ذلك ما نص عليه التقنين الألماني في المادة ١٣٨ إذ قضت بما يأتى: «كل عمل قانوني يخل بالأداب يكون باطلا. ويكون باطلا بنوع غاص العمل القانوني الذي يستفل به شخص حاجة شخص آخر أو خفته أو عدم تجربته، فيحمله، في نظير شيء معين، على أن يتمهد أو يعملي، له أو لشخص آخر، منافع مالية تزيد على قيمة هذا الشيء، بحيث يتبين من الظروف أن هذه المنافع بالنسبة للشيء، غير متعادلة الى درجة فادهة (١).

وتنص المادة ٢١ من قانون الالتزامات السويسري على ما يأتى. وفي حالة اختلال التعادل اختلالا واضحا ما بين تعهد احد المتعاقدين وتعهد المتعاقد الآخر ، يجوز للمتعاقد المغبون ، في غضون سنة ، أن يعلن بطلان العقد ، ويسترد ما دفعه ، إذا كان قد دفع الى هذا الغبن من طريق استغلال حاجة وقع فيها ، أو خفة ، أو عدم تجرية ،(٢).

Art. 138 Un acte juridique qui porte atteinte aux bonnes moeurs (1) est nul. Est unt. en particulier, un acte juridique par léquel quelqu'un, en exploitant le besoin, la légéreté ou l'inexpérience d'autrui, obtient pour lui ou pour un ders, qu'en échange d'une perstation un promette ou que l'ou fournisse des avantages partimoniaux qui excédent de telle sorte la valeur de la prestation, qu'en tenant compte des circonstances ces avantages soient, par rapport à la prestation, dans une disproportion choquante.

Art. 21. En cas de disproportion évidente entre la prestation promise (Y)

وتقضى المادة ٢٧ من المشروع الفرنسي الايطالي بما يأتي: وإذا كانت التزامات أحد المتعاقلين بعيدة عن كل تعادل مع ما حصل عليه بموجب العقد، أو مع التزامات المتعاقد الأخر، بجيث يفترض، تبعا للظروف، أن رضاءه لم يصدر عن اختيار كاف، فيجوز للقاضي، بناء على طلب المتعاقد المفبون، أن يبطل العقد، أو أن ينقص الالتزامات(ا).

هذه نصوص في الغين تضع نظرية عامة له، وتجعله يتمشي على كل العقود، فلا تخص عقدا دون آخر. وكل عقد تحقق الغين فيه وكان هذا الغين نتيجة استفلال أحد المتعاقدين للثاني، يكون باطلا. حكم شامل يحقق العدالة في جميع العقود. وتشترك هذه النصوص في أنها تنظر جميعا إلى الغين نظرة شخصية لا نظرة مادية، فهو فيها مظهر من مظاهر عيوب الرضاء، لأنه، وهو نتيجة استفلال الحاجة أو الخفة أو عدم التجربة، يكون قد وقع بناء على اكراه أو غلط أو تدليس. فتشترك هذه النصوص في شيء آخر، فهي جميعا تضع للغين معيارا مرنا لا قاعدة جامدة، فلا يقدر الغين يوقم محدود، كما هو الأمر في التقنين الفرنسي والمصري، بل الغين هو الحقال فادح في التعادل، أو هو الحقائل واضح والمصري، با الغين هو الحقائل واضح والمصري، با الغين هو الحقائل فادح في التعادل، أو هو اختلال واضح والمصري، بالعين هو الحائل.

ويستطيع مشرعنا أن يقارن ما بين هذه النصوص، ويختار لنفسه نصا يصل منه إلى تقرير مبدأ عام في الغين، ليس موجودا في تشريعنا الحاضر.

الدفع بعدم التنفيذ : : (Exceptio non adimpleti contrustus) لا يوجد في التقنين الفرنسي ، نص عام على هذا الدفع ، مع اهميته . ونجن إنما نصل إلى تقريره من طريق جمع تطبيقات له متفرقة ، نص عليها التقنين ، واستنباط قاعدة كلية من هذه الجزئيات .

par l'une des parties et la contre-prestation de l'autre, la partie lésée peut, daus le délai d'un an, déclarer qu'elle résilie le contrat et répéter ce qu'elle a payé, si la lésion a été déterminée par l'exploitation de son géne, de légéreté ou de son inexpérience.

Art. 22. Si les obligations de l'un des contractants sont hors de toute (\ \)
proportion avec l'avantage qu'il retire du contrat ou avec la prestation de l'autre,
de telle sorte que, suivant les circonstances, il soit à présumer que son consentemet
n'a pas été suffisamment libre, le juge peut, sur la demande de la partie lésée,
annuler le contrat ou réduire les obligations.

أما التقنينات الجديثة فقد أوردت نصوصا عامة في هذا الدفع ، يجدر بنا أن نتأمل فيها ، فقد نصت المادة ٣٢٠ من التقنين الألماني على ما يأتى : وكل من كان ملتزما بعوجب عقد ملزم للجانبين ، يجوز له أن يمتنع عن القيام بالتزامه حتى يتمقق تنفيذ الالتزام المقابل ، إلا إذا كان قد التزم بتنفيذ التزامه أو لا(أ).

ونصنت المادة AY من قانون الالتزامات السويسري على أن دمن يطالب بتنفيذ عقد ملزم للجانبين يجب أن يكون قد نفذ، أو عرض أن ينفذ، التزامه هو، إلا إذا كان منتفعا بأجل مشروط في العقد أو مستخلص من طبعته(٢).

وتقضى المادة ٤٨ من المشروع الفرنسى الايطالى بأنه وفى العقود الملزمة للجانبين، يجوز لكل متعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، إذا لم ينفذ المتعاقد الآخر ما التزم به هو ، ما لم يكن قد تحددت مواعيد مختلفة لتنفيذ الالتزامين(٣) ،

على اننا نلاحظ على كل هذه النصوص أنها مقصورة على دائرة المقود المازمة للجانبين، مع أن الدفع بعدم التدنيذ أوسع نطاقا من هذه الدائرة. فحيث يوجد شخصان ملتزمان كل منهما للآخر، سواء نشأ الالتزامان أو احدهما من عقد ملزم للجانبين، أو من عقد ملزم لجانب واحد، أو من غير عقد أصلا، وهناك اوتباط ما بين هذين الالتزامين، فلا يجوز لأحدهما أن يطالب الأخر بتنفيذ التزامه، ما لم يقم من جانبه بتنفيذ ما التزم به، فنحن نرسم بهذا المبدأ دائرة واسعة للدفع بعدم المنتفيذ، ونرى ربط ما نسميه «حق الحبس» بهذا الدفع فما حق الحبس،

Art. 320. Quiconque est obligé en vertu d'un contrat synallagmatique (^) peut refuser la prestation qui lui incombe lusqu'à ce que la contre-prestation soit effectuée, à moins qu'il ne soit obligé d'exécuter le premier.

Art. 82. Celui qui poursuit l'exécution d'un contrat bilatéral doit (Y) avoir exécuté ou offrir d'exécuter sa propre obligation, à moins qu'il ne soit au bénéfice d'un terme d'après les cluses ou la nature du contrat.

Art. 48. Dans les contrats synallagniatiques, chaque contractant peut (°) refuser d'exécuter son obligation si l'auteur n'exécute pas la sienne, à moins qu'il n'ait fixé des dates différéntes pour l'exécution des deux obligations.

هذا الا تطبيق من تطبيقاته، وليس هو بالحق العينى كما زعم مشرعنا (م ١٩/٥).

الاشتراط لمصلحة الغير: تطور هذا المبدأ تطورا خطيرا. وكان قد ورد في التقنين الفرنسي على أنه استثناء ضيق من القاعدة التي تقضي بأن العقد لا يكسب حقا للغير، وحدد هذا الاستثناء بقيود معروفة. وورد في التقنين المصري في عبارة غامضة، أشرنا إليها غير مرة، ثم ما لبث أن نقض بالمبدأ العكسي، حيث قرر المشرع المصري أن العقود لا تترتب عليها منفعة لغير عاقديها. فجاء هذا المبدأ الخطير مضطربا حائرا في كل من التقنين، ويستحيل على من يقرأ النصوص التي وردت فيهما متعلقة بهذا المبدأ أن يتدلك منها أن الاشتراط لمصلحة الغير لم يعد استثناء، بل مسترطا المصد الغير مع أخر، مشترطا حقا بكسه الغير من هذا التماقد مع أخر، مشترطا

وهذا ما تولت التقنينات الحديثة تقريره في وضوح وجلاء ، فقرر التقنين الألماني هذا المبدا العام في المادة ٣٢٨. وهي تقضى بأنه ويجوز اشتراط القيام بالتزام للفير ، بمقتضى عقد ، يكسب الفير منه مباشرة حق تقاضى هذا الالتزام(۱) ، ثم أورد نصوصنا أخرى كثيرة ، تقصل قواعد المعروفة .

اما قانون الالتزامات السويسرى فقد نصن في المادة ١٩٣ على أن دمن اشترط، وهو يتعاقد باسعه، التزاما لمصلحة الغير، كان له الحق في أن يطلب تنفيذ هذا الالتزام لقائدة الغير، ويجوز للغير ايضا، ولخلفه، أن يطلب التنفيذ بنفسه، إذا كان هذا هو نية المتعاقدين، أو قضى العرف نذلك(١) ه.

وينصى المشروع الفرنسي الايطالي في المادة ٤٥ على ما يأتي: وبحوز أن بشترطشخصر، بتماقد باسمه، حقا للغير، إذا كان له مصلحة

Art 328. Par contrat peut être stipulée une prestation à faire à un tiers avec (1) cet effet que le tiers acquière directement le droit de poursuivre la prestation.

Art. 112. Celui qui, en agissant en son propre nom, a stiplé une (Y) obligation en faveur d'un tiers a le droit d'en exiger l'exécution au profit de ce tiers. Le tiers ou ses ayants droit peuvent aussi réclamer personnellement l'exécution. lorsque telle a été l'intention des paties ou tel est l'usage.

شخصية ، مادية أو أدبية ، في تنفيذ هذا الالتزام . ويكسب الغير ، بمقتضى هذا الاشتراط ، مقا في ذمة المتعهد ، إذا لم يوجد اتفاق يقضى بعكس ذلك . على أن للمشترط أن ينقض ما اشترطه ، إلى أن يعلن الغير إرادته في أن ينتفم بالحق(٢) ، .

وكل هذه نصوص صريحة في جواز الاشتراط لمصلحة الغير ، يجدر بنا أن نمتنيها في تقنيننا الجديد .

نصوص اخرى: ويضيق بنا المقام، لو نكرنا كل النصوص التي يصح أن نهتدى بها في التقنينات الصديثة. فنكتفي منا بالاشارة إلى بعضها. فمن ذلك النص الخاص بنظرية العقد في القانون الألماني (م.١٤). والنصوص الخاصة بمسئولية عديم التمييز مسئولية تقصيرية (انظر م ٢٩٨ الماني و م ٥٠ التزامات سويسرى و م ٧٠ من المشروع الفرنسي الايطالي). والنصوص الخاصة بقاعدة الاثراء بلا سبب (انظر م ٨١٨ الماني- و م ٢٠ من قانون الالتزامات السويسرى و م ٢٧ من المشروع الفرنسي الايطالي). والنصوص الخاصة بجواز حوالة الدين، على نسق حوالة الحق (انظر م ٤١٤ إلى ٤١٩ من التقنين الألماني و م ٤١٧ الدي نسق حوالة الدين، و غير نلك.

ولا ننسى أن حركة التقنين المديثة تنتظم جميع البلاد، وإن كل تقنين
حديث يظهر يحمل أثر التقنينات التي سبقته، فالتقنين السويسري أخذ من
التقنين الأماني، والمشروع الفرنسي الإيطالي أخذ عن كل من التقنينين،
وعن هذه التقنينات أخذ غيرها من التقنينات الأخرى، فهناك أرتباط لا
ينكر بين التقنينات المديثة بعضها بالبعض الأخرى، ولا يسع أمة أن
تنعزل في تقنينها عن تقنينات غيرها من الأمم، وإلا حرمت نفسها من
ثمرات تجارب هذه الأمم دون أن تستقيد من عزلتها شيئا، وإنما يطلب
من الأمة الرشيدة الا تقلد غيرها تقليدا أعمى، فلا تنقل عن تشريع أجنبي
إلا ما يتلاءم مم حالتها.

Art. 45. On peut stipuler en son propre nom au prot d'un tiers (1) lorsqu'on a un intérêt personnel, matériel ou moral, à l'exécution de l'obligation. Par l'effet de la stipulation et sauf convenation contraire, le tiers acquiert un droit contre le promettant : toutefois, celui qui a fait cette stipulation peut la révoquer jusqu's ce que le tiers ait déclaré vouloir en profiter.

جـ ـ الشريعة الاسلامية

اهمية الشريعة الإسلامية من الناحية التاريخية: يجب أن تنال الشريعة الاسلامية نصيبا كبيرا، من عناية المشرع المصرى عند تنقيع التقنين، فقد كانت شريعة البلد قبل العمل بالقوانين الحالية. ولا تزال شريعة البلد في قسم كبير من القانون المدنى، هو قسم الأحوال الشخصية، وفي موضوعات من قانون المعاملات.

واستقاء تشريعنا، بقدر الامكان، من مصدر الشريعة الاسلامية عمل يتفق مع تقاليدنا القانونية القديمة، ويستقيم مع النظر الصحيح من أن القانون لا يخلق خلقا، بل ينمو ويتطور، ويتصل حاضره بماضيه.

اهمية الشريعة الإسلامية عن الناحية العلمية: هذا من الناحية التاريخية . أما من الناحية العلمية ، فالسريعة الاسلامية تعد في نظر المنصفين من أرقى النظم القانونية في العالم ، وهي تصلح أن تكون دعامة من دعائم القانون المقارن . ولا نعرف في تاريخ القانون نظاما قانونيا قام على دعائم ثابتة من المنطق القانوني الدقيق ، يضاهي منطق القانون الروماني ، إلا الشريعة الاسلامية .

فإذا كان لنا هذا التراث العظيم، فكيف يجوز أن نفرط فيه! .

لا نتريد في الاشارة بوجوب الرجوع إلى احكام الشريعة الاسلامية في كثير من الموضوعات، التي يكون الرجوع فيها إلى هذه الأحكام ممكنا، فإن منها ما يقوم على مبادىء تضاهى او تفوق احدث العبادىء القانونية في العصر الحاضر.

ولا يجوز أن ننضدع بهذه النظرة السطحية التي يلقيها البعض على الشريمة الاسلامية، فيمنقد فيها عدم الصلاحية والجمود، فإنها نظرة خاطئة. فالشريمة الاسلامية قد تطورت كثيرا، وتستطيع أن تتطور، حتى تصاشى المدنية الحاضرة، وقد أنصفها الدكتور أنريكو أنساباتو (Enrico عين قال: وإن الاسلام إذا كان محدودا غير متفير في شكله يتمشى بالرغم من ذلك مع مقتضيات الحاجات الظاهرة، فهو يستطيع أن يتطور، دون أن يتضامل، في خلال القرون، ويبقى محتفظا بكامل ما له من قوة الحياة والمرونة ... (ولا يجوز) أن تهدم يد الخلافة هذا الهيكل الفطيع من العلوم الاسلامية، أو أن تغفله، أو أن تمسه بسوء، فهو الذي

اعطى للعالم ارسخ الشرائع ثباتا، شريعة تفوق فى كثير من تفاصيلها الشرائع الأوروبية(۱)، ويؤصنع الأستاذ بيولا كازيللى، فى مقاله الذى سبقت الاشارة إليه، بالأخذ من مبادىء الشريعة الاسلامية، فإن هذا اكثر اتفاقا مع روح البلد القانونية(۱)،

حاجة الشريعة الإسلامية إلى حركة تجديد علمية: لا ننكر أن الشريعة الاسلامية في حاجة إلى حركة علمية قوية، تعيد لها جدتها، وتنفض ما تراكم عليها من غبار الركود الفكرى الذي ساد الشرق مندذ المد طويل، وتكسر عنها أغلال التقليد الذي تقيد به المتأخرون من الفقهاء.

وقد اقترحنا في كتاب والخلافة و(٣) أن ترتكز هذه الحركة العلمية على دراسة الشريعة الاسلامية طبقا للأساليب العلمية الحديثة وفي ضوء القانون المقارن، وتقوم هذه الدراسة الجديدة على اساس التمييز ما بين الأحكام الدينية والأحكام القانونية، فالأولى لا شأن لنا بها، وإنما نعني

⁽١) التكثور انساباتو: الاسلام وسياسة الطفاء من ١٤٥ ـ من ١٤٦.

⁽٣) مجلة مصر العصرية سنة ١٩٣١ مجلد ١٩٣٧ . وإذا كان بعض السنشرقين. كالاستاذين شغول هير حرونج وجولد زبهر، خيل له أن مبادىء الشريعة الاسلامية جامدة لا تتطور، فنلك يرجع إلى أن هؤلاه المستشرقين ليسوا من رجال القانون، فهم ينظرون إلى الشريعة الاسلامية يختلفون مع مؤلاه المستشرقين في فإن رجال القانون، فهم ينظرون إلى الشريعة الاسلامية يختلفون مع مؤلاه المستشرقين في نظرة المؤلدي الشريعة الاسلامية ويكلفي أن نشير إلى الفقيه الألماني الكبير كوهار (holey) وإلى المعبد الامريكي الاسلامية من مرونة وقابلية للتطور، ويضعونها إلى جانب القانون الروماني والقانون الانجليزي، احدى الشرائع الاسلامية الثلاثة التى سادت ولا تزال تسود العالم. وقد أشار الاستاذ لامبير (holey). الفقيه الفرنسي العمروف، في المؤتمر والدالم، المؤتمر الشعارن الدقارن الذي انعقد في مدينة لاهاي سنة ١٩٣٢، إلى هذا التقدير (انظر مجلة القانون والاقتصاد السود بين فقهاء أوروبا وأمريكا في العصر الحاضر (انظر مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية العدد الخامس، القسم الافرنجي ص

⁽۳) «الفلافة وتطورها لتصبح عصبة أمم شرقية»: باريس سنة ۱۹۲۹ ص ۵۹۰ ـ ص ۵۹۱ و ص ۱۳ ـ ص ۱۳ .

بالأخيرة . فنميز فيها بين حكم اقتضاه إقتران الدين بالفقه الاسلامي ، وهذا يبقى محترما ولكن في العقيدةوالقلب إذ هو مرتكز على الدين ، وحكم قائم على أساس المنطق القانوني المحض ، وهذا هو الذي يدخل في دائرة بحثنا العلمي . ثم نميز أيضا ، في هذه الأحكام القانونية المحضة ، بين المبادىء العامة الشاملة ، وهذه عي الأسس التي تبقى ، والأحكام التفصيلية التطبيقية ، وهذه هي التي تتطور حتى تماشي الزمن .

ولا ننسى أن بين المصادر الأربعة للشريعة الاسلامية مصدرا هو الاجماع ، نعتبره مفتاح التطور في هذه الشريعة ، فهو الذي يكفل لها حياة متجددة تتمشى مع مقتضيات المدنيات المتغيرة .

ظهر الاجماع، في اول مراحله، فأعطى للعادات(١) مكانا بين المصادر القانونية. فكان مالك يأخذ باجماع أهل المدينة، أي عاداتهم، باعتبار أنهم إذا اعتادوا شيئا وأجمعوا عليه كان من ذلك قرينة على أنهم قلدوا فيه صاحب الرسالة وكان مقيما بين ظهرانيهم. ثم استخدم الفقهاء الاجماع، في مرحلة ثانية، ليجعلوا من اتفاق الصحابة على رأى قانونا ملزما، واستخدموه، في مرحلة ثالثة، ليخلص لهم هذا القانون العلزم من اتفاق الأجيال الأخرى من المجتهدين غير الصحابة.

فالإجماع في المرحلة الأولى كان شيئا يصدر عن غير قصد ، بل عن غير شعور: عادة الفها الناس فصارت محترمة . أما في المرحلتين غير شعور : عادة الفها الناس فصارت محترمة . أما في المرحلتين الأخريين ، فهو يصدر عن شعور ، وإن لم يصدر عن اتفاق مقصود . فلو تطور الإجماع ، في مراحله المنطقية ، وجب أن يصل إلى مرحلة يصدر فيها عن هذا الاتفاق المقصود ، ولا يكتفي فيه بالاتفاق العرضي . فيجتمع السلمون ، أو نواب عنهم ، ويستعرضون مسائلهم ويقررون فيها أحكاما تتفق مع حضارة زمنهم ، وهذه الأحكام تكون تشريعا . وبذلك يكون الإجماع عنصر التجديد في الشريعة الإسلامية ، يحتفظ لها بمرونتها وقدرتها على التطور .

صلاحية الشريعة الاسلامية ، حتى في حالتها الراهنة ، لأن تكون مصدرا للتقنين المصرى: ومهما يكن من أمر الشريعة الاسلامية ، وحاجتها إلى حركة التجديد التي نشير إليها ، فإنها ، حتى في حالتها

⁽١) تراجع ترجمة كتاب الخلافة ، ص ٧٨ وما بعدها ـ مقابل ص ١٣ وما بعدها في الأصل الفرنسي .

الراهنة، تصلح مصدرا خصبا يستمد منه العشرع المصعري كثيرا من المبادىء القانونية في تقنينه الجديد.

وما لنا نذهب بعيدا. الم يأخذ المشرع المصدى فعلا بكثير من أحكام الشريعة الاسلامية في تشريعنا الحاضر. وهذه محاكمنا الأهلية والمختلطة بدع المحاكم الشرعية - تطبق كل يوم هذه الأحكام في الوقف والشفعة والأهلية وغيرها من المسائل المتطفلة في صميم المعاملات المدنية. الم تطبق هذه الأحكام على المصريين والأجانب على السواء ، فلم يشعر أحد أنها دون أحكام القوانين الحديثة الراقية ؟ الم تقنن أحكام الشريعة الاسلامية في بعض الموضوعات، كالشفعة وبعض مسائل الأحوال الشخصية ، فلم يضى المتقنين بها ، بل جعلها تبرز في حلة لم ينكر ممها أحد على الشريعة صلاحيتها للتقنين والتطبيق ؟

لماذا نتردد إذن في المضيي في هذا الطريق، وقد سار فيه مشرعنا، منذ خمسين عاما، شوطا بعيدا، نتعقبه فيه هنا، فنذكر ما اخذه قانوننا بالفعل من الشريعة الاسلامية، ثم نبين بعد ذلك ما لا يزال ممكنا أن ناغذ به من مياديء الشريعة في تقنيننا الجديد.

ما اخذه القانون المدنى المصرى من الشريعة الاسلامية.

الأحوال الشخصية: لا نقتصر على الاشارة إلى ان نصف القانون المدنى، وهو القسم المتعلق بالأحوال الشخصية تطبق فيه أحكام الشريعة الاسلامية، ولا إلى ان هناك كثيرا من المسائل التى تتقاسمها الأحوال الشخصية والمعاملات، كالهبة والوقف والحكر، يرجع فيها إلى أحكام هذه الشريعة. ولكن نريد ان نبين ان المشرع المصرى لم يغفل الشريعة الاسلامية حتى في القسم الخاص بالمعاملات المحضة.

المعاملات: اخذ مشرعنا، في القانونين الأهلى والمختلط، عن الشريعة الاسلامية في المعاملات بعضا من نظمها الرئيسية كالشفعة، وبعضا من احكامها التفصيلية مما سنشير إليه فيما يلى، وهذه الأحكام تطبقها المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية على المسلمين وغير المسلمين، والمصريين وغير المصريين، وقد أثبتت التجارب صلاحيتها للتطبيق على غير المسلم. ولم يكن لمشرعنا خطة منطقية ظاهرة في الأخذ ببعض احكام الشريعة الاسلامية والظاهر أنه لم يضع لنفسه خطة ما . بل التقط بعض احكام هذه الشريعة ، ووضعها في أماكن متفرقة من التقنين ، أهمها حقوق الارتفاق وأسباب اكتساب الملكية وعقد البيع والايجار . وقد دفعه إلى ذلك أسباب مختلفة .

الأسباب التي حملت المشرع المصرى على الأخذ من الشريعة الاسلامية: فهو تارة يحترم عادات البلاد وتقاليدها ، خصوصا في الجقوق المينية وفي المقود كثيرة الذيوع ، كما فعل في حقوق الارتفاق وفي اكتساب حق الملكية بالشفعة وفي جعل مدة التقادم خمس عشرة سنة ، وكما فعل في بعض أحكام البيع والايجار .

و هو طورا يتأثر فى المكم الذى ينقله بصلته الوثيقة بقانون الأحوال الشخصية، كما فى بيع المريض مرض الموت، فقد أنزله على حكم المصنة.

وهو ثالثة يخضع في إيراد الحكم للمنطق القانوني الصحيح، فيعدل عن قاعدة في القانون الفرنسي إلى أخرى مختلفة عنها في الشريعة الإسلامية، لأن هذه اكثر تمشيا مع القواعد العامة، كما فعل في تحميل هلاك الشيء المبيع المعين قبل التسليم للبائع لا للمشتري.

وهو رابعة ينقل الحكم من الشريعة الاسلامية ، حتى لا يتورط في نقل مبادئ، القانون الفرنسي إلى بلد لم تألفها ، كما فعل في اشتراط قبول المدين لحوالة الحق في القانون الأهلى دون المختلط.

كيف اتصل المشرع المصرى بمصادر الشريعة الاسلامية: اما كيف اتصل مشرعنا بالشريعة الاسلامية، فذلك ما ليس بجلى في تاريخ وضع تقنيناتنا . والظاهر أن اتصاله بها كان محدودا . ولم يكن ما نورى ولا موريوندو بالمتصلين اتصالا خاصا بهذه الشريعة . ولو أنهما كانا يعرفانها معرفة كافية - لكان من المحتمل أن يستقيدا منها أكثر مما فعلا . وقد كانا ، قبل أن يعهد إليهما بوضع التقنين المصرى ، محاميين يمارسان مهنتهما في مصر . فمن المحتمل أنهما اتصلا بالشريعة الاسلامية أثناء ممارستهما للمحاماة وبحكم القامتهما في مصر ، فإن كثيرا من الأقضية بين المصريين والأجانب كان يحتاج فيها إلى معرفة احكام الشريعة الاسلامية . ثم انهما ، بعد ان عهد إليهما بوضع التقنين ، كان لا بد لهما من المعرف المعرفة المتعرف ببعض احكام هذه الشريعة التي كانت قانون البلد في نلك المعصر . ولا نزال نجهل إلى أي مصدر لجئالمعرفة هذه الأحكام . قد يكون الأمر مقصورا على انهما اتصالا ببعض فقهاء الشريعة الاسلامية الرسميين ببالأستاذ البحراوي مفتى نظارة الحقانية في نلك الوقت . وقد يكونان ذهبا بالأستاذ البحراوي مفتى نظارة الحقانية في نلك الوقت . وقد يكونان ذهبا مباشرة إلى مصادر الشريعة الاسلامية في كتبها المؤلفة أو المترجمة ، وأن كان نلك بعيد الاحتمال . وقد يكونان استمانا بالمجلة العثمانية ، وقد قنت فيها احكام الشريعة الاسلامية ، وكان ظهورها حديثا في نلك العصر (سنة ١٨٨٩) . اما كتب المرحوم قدري باشا فلم تكن قد ظهرت بعد ، ويان كان من الممكن أن يكون قد استعين بقدري باشا نفسه ، وكان ناظرا الطقائدة في سنة ١٨٨١).

ومهما يكن من الأمر، فإن الثابت شيئان: الأول أن مانورى هو الذي بدأ الأغذ بالشريعة الاسلامية في بعض أمكامها في التقنين المختلط الذي وضعه، وقد قلده موريوندو فيما أخذه، وقلما حاد عنه في ذلك، فما عدا بعض مسائل تفصيلية (كعنف بيع المحسول المستقبل، وكاضافة وجوب رضاء المحال عليه في حوالة الحق) فإن نصيب التقنين الأهلى من الشريعة الاسلامية هو نفس نصيب التقنين المختلط، والشيء الثاني أن كلا من مانوري وموريوندو كانا مجدودي العلم بأحكام الشريعة الاسلامية، إلى حد أنهما كانا يخطئان في نقلها في بعض الأحوال، كما فعلا في بيع المريض مرض الموت.

تفصيل ما اخذه العشرع المصوى من الشويعة الإسلامية: والأن ننكر الأمكام التي استعدها المشرع المصرى من الشريعة الاسلامية، وهي متصلة بالموضوعات الأتية: حقوق الارتفاق وأسباب اكتساب الملكية والبيم والحوالة والايجار والكفالة،

حقوق الارتفاق:

(١) نقل المشرع المصرى الأمكام المتطقة بالطو والسفل عن الشريعة
 الإسلامية . فليس في القانون الفرنسي إلانص واحد مقتضب في هذا الموضوع .

هو المادة ٦٦٤ . أما القانون المصرى ، فعلى إيهازه قد تضمن اربع مواد (٥٠/٣٥ – ٥٨/٣٧) ، إذا قوبلت بأحكام الشريعة الاسلامية (أنظر م ٦٤ ـ ٨٨ من كتاب مرشد الحيران) أمكن أن نلاحظ التشابه الكبير بينها .

(٧) وفي الحائط المشترك أورد المشرع المصري نصبا (م ٩/٢٨ ٥- ٥٠) يقتلف في المكم عن نص القانون الفرنسي (م ٩/٤٠)، ويتغق مع حكم الشريعة الاسلامية (أنظر م ٩٠ من كتاب مرشد الحيران).

 (٣) وقد أورد المشرع المصري في اول نصن تكلم فيه على حقوق الارتفاق (م ٥٠/٣٠) حكما يقضى بالرجوع إلى عرف البلد، وعرف البلد هنا هو الشريعة الاسلامية، وقد فسرته المحاكم بذلك.

اسباب اكتساب الملكية:

(٤) وفي اسباب اكتساب الملكية أخذ المشرع المصرى بسبب منها، لا يعرفه القانون الفرنسي، وهو الشفعة، وقد استمد أحكامها من الشريعة الاسلامية، ثم صدر قانون معدل لهذه الأحكام (٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ للمحاكم المختلطة و ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ للمحاكم الأهلية)، ولكنه لم يعد مبادىء الشريعة الاسلامية، كالتقنين الذي سبقه.

(٥) وفي التقادم خالف المشرع المصري القانون الفرنسي في تحديد
مدته الطويلة ، فجطها خمس عشرة سنة بدلا من ثلاثين ، متفقا في هذا
مع الشريعة الاسلامية . وانقص المدة القصيرة تبعا لذلك إلى خمس
سنوات . وفي الوقف والميراث تأخذ المحاكم بمدة التقادم في الشريعة
الاسلامية وهي ثلاث وثلاثون سنة . على أن هناك فرقا بين تقادم الشريعة
الاسلامية وتقادم القانون المصري المأخوذ من القانون الفرنسي ، في أن
التقادم الأول مقصور على منع سماع الدعوى ، أما التقادم الأخر فوسيلة
لكسب أو اسقاط الحق ذاته .

البيع عن المشرع المصرى في البيع أحكاما كثيرة عن الشريعة الاسلامية :

 (١) فأخذ بخيار الرؤية، ونقل أحكام هذا الخيار عن الشريعة الاسلامية، في التصوص التي وضعها لذلك (م ٢٥٠ ـ ٢١٦/٢٥٣ ـ ٣١٨).

- (٧) واخذ بحكم الشريعة الاسلامية في بيع المريض مرض الموت،
 وجمل هذا البيع في حكم الوصية (م ٢٠٤ ٢٠٠/٣٠ ٢٢٣).
- (A) وآخذ القانون المختلط، دون القانون الأهلى، بحكم الشريعة الاسلامية في تحريم بيع المحصولات المستقلة (أنظر م ٣٣٠ ـ ٣٣١).
- (١) وكذلك اخذ القانون المختلط بسقوط حق البائع في حبس الشيء المسبح إذا حول بالثمن على المشترى، فنصت المادة ٣٥٧ مختلط على انه ليس للبلاغ أن يمتنع من التسليم إذا حول على المشترى بجميع الثمن أو بجزء منه، ولا مقابل لهذا النص في القانون الأهلى، ولا في القانون الأهلى، ولا في القانون الفرنسي، وهكم النص متفق مع حكم الشريعة الاسلامية، وقد أورد صاحب كتاب مرشد الحيران هذا الحكم كما يأتى: م ٢٥١٤: إذا أحال البائع منه أن كان لم يقبضه كله، وقبل المشترى الحوالة، سقط حق البائع في حبس المبيع، ثم كمل هذا الحكم بما ورد في المادة ٢١١٥ من كتاب مرشد الحيران، ونصها ما يأتى: «إذا أحال البائع بالثمن على المشترى، فدفعه المسترى بالثمن على البائع على المسترى، فدفعه لا على المحتال؛
- (۱۰) واهم حكم في البيع أخذه المشرع المصرى عن الشريعة الاسلامية عو حكم هلاك الشيء المبيع قبل التسليم إذا كان معينا ، فإنه يهلك على البائع طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية ، وقد نقل القانون المصرى هذا الحكم عنها (م ۲۷۱/۲۹۷)، دون القانون الفرنسي الذي يجعل الهلاك على المالك وهو المشترى (م ۱۱۳۸ فرنسي) . وحكم الشريعة الاسلامية تكثر تمشيا مع القواعد المامة ، فإنه متى ثبت أن البائع لا يستطيع تسليم الشيء المبيع لهلاكه في يده ، فقد عجز عن القيام بأحد التزاماته وهو الالتزام بالتسليم ، وأمكن المشترى أن يفسخ البيع ، وأن يسترد الثمن إذا كان قد دهمه ، فيتحمل البائم تبعة الهلاك.
- (١١) وفي ضمان العيب الخفي ، اخذ المشرع المصرى بحكم الشريعة الاسلامية في حالة بيع جملة أشياء معينة ، ظهر ببعضها عيب قبل التسليم أو بعده ، فنص على فسخ البيع في كل المبيع إذا ظهر العيب قبل التسليم

(م ۳۹۰/۳۹۱)، وعلى فسخه فيما ظهر فيه العيب فقط إذا لم يترتب على قسمة المبيم ضرر، إذا ظهر العيب بعد التسليم (م ۳۹۱/۳۱۷ ـ ۳۹۲). وهذا هو حكم الشريعة الاسلامية (م ۳۹۳ و م ۳۶۶ من كتاب مرشد الحيران)، ولا مقابل لهذه النصوص في القانون الفرنسي.

كذلك إذا حدث بالبيع عيب جديد إلى جانب العيب القديم، فقد أورد القانون المختلط (م ٣٩٩ و م ٢٠١)، دون القانون الأهلى، حكم الشريعة الاسلامية في ذلك (م ٣٧٧ و ٥٣٨ من كتاب مرشد الميران)، وليس في القانون الفرنسي مقابل لذلك.

ونقل المشرع المصرى عن الشريعة الاسلامية طريقة انقاص الثمن في
الأموال التي يجوز فيها للمشترى طلب ذلك، رجوعابضمان العيب الففي.
فيكون بإعتبار قيمة المبيع خاليا من العيب وقيمته معيبا وتطبيق نسبة
ماتين القيمتين على الثمن المتفق عليه (م ٢٩٤/٣١٩). وهذا ما تقرره
الشريعة الاسلامية، إذ يقوم المبيع سالما، ثم يقوم معيبا. وما كان بين
القيمتين من التفاوت ينسب إلى الثمن المسمى، وبعقتضى تلك بالنسبة
يرجم المشترى على البائع بالنقصان (م ٥٣٩ مرشد الحيران). أما
المثان الفرنسي، فلا يفصل طريقا لانقاص الثمن، بل يكل الأمر في ذلك

(۱۲) وفي الغبن باخذ المشرع المصرى عن الشريعة الاسلامية دون القانون الفرنسي. فلا يجيز الطعن في البيع للغبن إلا إذا كان البائع قاصرا مغبونا في اكثر من خمس قيمة العقار (م ۲۳۹/۲۱۹)، وهذا هو المقدار الذي تقدره الشريعة الاسلامية للغبن الفاحش، وتقتصر دون البالغ (م ۲۰۰ و م ۲۰۵ من مرشد الحيران). أما القانون الفرنسي فيعطي حق الطعن بالغبن للبالغ أيضا، ويتطلب أن يكون مقدار الغبن زائدا علي ۱۲/۷ من قيمة الشيء المبيع (م ۲۷۴ فرنسي). على أن القانون المصرى يختلف عن الشريعة الاسلامية في أنه يقصر دعوى الغبن على العقار دون المنقول، ويعطى البائم الحق في تكملة الثمن لا في البطلان.

العبوالة :

(١٣) ويتطلب القانون الأهلى، دون القانون المختلط، رضاء المدين
 في حوالة الحق (م ٣٤٩)، جريا على حكم الشريعة الاسلامية في ذلك
 (م ٨٨٢ مرشد الحيران).

الإيجسار :

(۱٤) وفى الايجار يلزم القانون المصري المؤجر بتسليم العين فى الصالة التى هى عليها (م ٤٥٢/٣٦٩)، ولا يكلفه القيام بعمل أي مرمة (م ١٤٣٠) م تفقا فى هذا مع حكم الشريعة الاسلامية (م ١٤٢ و م ١٤٤ من ١٤٤ من ١٤٤ من كتاب مرشد الميران)، ومختلفا مع حكم القانون الفرنسى، الذي يوجب تسليم العين فى حالة حسنة من الترميم ويلزم المؤجر باجراء الترميمات اللازمة (م ١٧٢٠ فرنسى).

(١٥) ونقل المشرع المصري حكم غرس الأشجار في الأرض الأسجرة (م ٧٩٤ المصري المحروب (م ٧٩٤ المؤجرة (م ٤٨٧) من الشريعة الاسلامية (م ٧٧٧ من كتاب مرشد المحران). ولا مقابل لذلك في القانون الفرنسي. ولم تفرق الشريعة الاسلامية، دون مبرر لذلك، بين الأشجار والبناء، كما فعل القانون المصري.

1116.0

(۱۹) ونقل المشرع المصري حكم كفالة النفس (م ۱۰۹/۲۰۰ - ۱۹۲) عن الشريعة الاسلامية (م ۱۸۶۸ - ۱۹۸ من كتاب مرشد الحيران).
 ولا مقابل لهذه النصوص في القانون الفرنسي.

ما يمكن اخذه من الشريعة الإسلامية عند مراجعة الثقنين المدني.

اسلوب منطقى للاقتياس من اهتكام الشريعة الاسلامية: على ان ما يمكن أخذه من مبادئ، الشريعة الاسلامية، مما يتمشى مع أرقى وأهدث العبادي، القانونية، هو أجل شأنا وأكبر خطرا مما أخذه مشرعنا المصرى. ونرسم اولا اسلوباً منطقيا نجرى عليه في الاقباس من أحكام الشريعة الاسلامية عند مراجعة التقنين. وعندنا أن الشريعة الاسلامية يفيد الرجوع إليها في شيئين: (أولا) في ترقية مبادىء القانون المصرى، (ثانيا) في سد وجود النقص فيه.

اما ترقية مبادىء التشريع فذلك يكون على وجهين: (١) من طريق النظريات العامة التى تتمشى على جميع نواحى القانون. فهناك من هذه النظريات ما نجده فى الشريعة الاسلامية تنققا مع احدث النظريات التى تقررها القوانين الحديثة. فمثل هذه النظريات يجب الا نتردد فى الأخذ به، لا لأنه مقرر فى القوانين الحديثة، فهذا وحده لا يكفى، إذ قد تقرر هذه القوانين نظريات صالحة للبلاد التى نبتت فيها، ولكنها لا تصلح لنا، وإنما ناغذه لأن الشريعة الإسلامية وهى شريعة البلاد فى الماضى ولا تزال جزءا من شريعته فى الحاضر، قد أخذت بهذه المبادىء، فهى إذن مبادىء تنفق مع تقليدنا القانونية. (٢) هناك مبادىء قانونية أقل شيوعا من النظريات المتقدمة. وهى مبادىء اخذت فى الظهور فى بعض القوانين من النظريات المتقدمة. ولاتزال مملا للنظر والمقنن المصرى سيقف أمامها فى شىء من الميدة، ويابيت فى موقفه منها، فإن كان لها أصل فى الشريعة كان هذا مرجعا ليبت فى موقفه منها، فإن كان لها أصل فى الشريعة كان هذا مرجعا للبين بها المعادى.

اماً سد وجوه النقص في التشريع المصرى فذلك يكون أيضا على وجهين: (١) هناك أحكام تنقض تشريعنا، ولا يزال مكانها شاغرا لم يملأه القضاء، ونحسن كثيرا لو ملأنا هذا المكان بأحكام الشريعة الاسلامية، مما يكون أقرب لتقاليدنا، وهو بعد متفق مع المباديء القانونية الحديثة، بل قد يكون أرقى منها. (٢) ثم أن هناك وجوه نقص في التشريع المصرى، قد سدما القضاء بأحكامه. وقد اتفق القضاء في هذه المسائل مع ما قررته الشريعة الاسلامية فيها من الأحكام، فنسجل في تقنيننا الجديد هذه الأحكام، مستندين فيها إلى القضاء وإلى الشريعة

ونجن نقتصر هنا على إيراد بعض الأمثلة لكل من الوجوه الأربعة التقدمة، ولا نحاول الحصر في أي وجه منها ، فنلك مما يضيق به نطاق هذا الحث. نظريات عامة تتمشى على جميع نواحى القانون: نقتصر منا على بيان النزعة المادية المتغلبة في الشريعة الاسلامية، والتي يمكن أن نستفيد منها عند مراجعة التقنين المدني، ونظرية سوء استعمال الحق المعروفة.

(١) الغزعة المادية في الشريعة الإسلامية: بمكن تقسيم الشرائع إلى قوانين تتغلب فيها النزعة الشخصية او النفسية، وهذه عي الشرائع اللاتينية بوجه عام. وأخرى تتغلب فيها النزعة المادية او الموضوعية، وهي الشرائم الجرمانية والشريعة الإنجليزية.

وتغتلف هذه الشرائع بعضها عن البعض الآخر في نظرتها إلى النظم القانونية . فالشرائع الشخصية تغلب في الالتزام عنصره الشخصى دون موضوعه المادي . وتنظر إلى العقد نظرة شخصية ، فتمتبر الارادة الباطنة النفسية دون الارادة الظاهرة المادية . وإذا وضعت معايير فهي معايير نفسية تعتبر فيها النية الباطنة ، لا معايير مادية يعتبر فيها العرف وما الفته الناس في التمامل . وتجرى الشرائع ذات النزعة المادية على العكس من نلك . والنزعة المادية في القانون دليل على تقدمه وحرصه على ثبات المعاملات واستقرارها .

فإذا أردنا تحديد نزعة للشريعة الاسلامية ، فهذه النزعة مادية . وإذا كانت العبرة في هذه الشريعة بالمعنى دون الألفاظ، إلا أن المعانى التي نقف عندها هي التي تستخلص من الألفاظ. فالعبرة فيها بالارادة الظاهرة نها بالارادة الباطنة . ومن هنا تدفق الفقهاه ، في كثير من المواطن ، في تحديد معانى الألفاظ التي تصدر من الشخص ، ويرتبون على اختلافها اختلافا في الحكم . وهم في نلك ليسوا متنطعين يضجون المعنى للفظ، كما يتوهم البعض ، بل هم يتلمسون من وراء هذا أن يقفوا عند الإرادة الظاهرة ، التي يدل عليها اللفظ المستعمل ، حفظا لثبات المعاملات واستقرارها . ولا يجرون وراء النيات المستترة والضمائر الخفية ، معا لا يمكن معه ضبط التعامل . كذلك نجد معايير الشريعة الإسلامية معايير عمدية تنزل عند المالوف المتمارف بين الناس . وسيتبين نلك يشيء من الوضوح في بعض النظريات التي نستعرضها فيما يلي .

ولا شك في أن تقنيننا المدنى يكسب كثيرا لو أغذ شيئا من هذه النزعة المادية يمزج بها النزعة الشخصية المتغلفلة فيه من طريق القانون الفرنسي، فتتزن نصوصه، وتنضيط أحكامه.

` (٧) نظوية سوء استعمال الحق : سبق أن أشرنا إلى بعض نصوص في التقنينات المديثة تقرر نظرية سوء استعمال العق ، ونكرنا أنه يجدر بالمشرع المصرى أن يختار نصا يقرر به هذه النظرية الضطيرة في التقنين الجديد .

فإذا رجعنا إلى الشريعة الاسلامية، رأيناها تقرر نظرية سوء استعمال الحق في أوسع مدى، ورأينا هذه النظرية أكثر تقدما في الشريعة الاسلامية منها في كثير من القوانين الغربية. فهي لا تقتصر على المعيار الشخصى الذي اقتصرت عليه أكثر القوانين، بل تضم إليه معيارا ماديا، وتقيد كل حق بالفرض الاجتماعي والاقتصادي الذي قرر من أجله. فيحسن أن يستند المشرع المحسري، في أخذه بهذه النظرية، إلى الشريعة الاسلامية، ويتبع المعيار الذي أخذت به.

وهناك تطبيقات تفصيلية كثيرة لهذه النظرية في الشريعة الاسلامية ، جديرة بأن يسجلها المشرع المصرئ في نصوص تشريعية في تقنينه الجديد . نكتفي منها بنكر مثلين . (١) حقوق الجوار : وهي من أهم تطبيقات النظرية . والحق الذي يساء استعماله هنا هو حق العلكية ، يستعمله الجار فيسيء استعماله ويضر جاره . وليس في التقنين المصري الحالي نص على ذلك . أما القضاء فقد أخذ بأحكام الشريعة الاسلامية في هذه المسالة الخطيرة ، وقرر صراحة أنه يأخذ بهذه الأحكام . ونوردها هنا كما لخصها صاحب مرشد الحيران :

م 9/ 0؛ للمالك أن يتصرف كيف شاء في خالص ملكه الذي ليس للغير حق فيه ، فيعلى حائطه ، ويبنى ما يريده ، ما لم يكن تصرفه مضرا بالجار ضررا فاحشا .

م ٥٩ - الضرر القاهش ما يكون سببا لوهن البناء أو هدمه ، أو يمتع الحوائج الأصلية أي المنافع المقصود من البناء . وأما ما يمنع المنافع التي ليست من الحوائج الأصلية فليس بضرر فاحش . م ٦٠: يزال الضرر الفاحش، سواء كان قديما أو حديثا.

م ٦١١: سد الضياء بالكلية على الجار يعد ضررا قاحشا، فلا يسوغ لأحد احداث بناء يسد به شباك بيت جاره سدا يمنع الضوء عنه، وان قعل نلك فللجار أن يكلفه رفع البناء دفعا للضرر.

م ٦٠٧: رؤية المحل الذي هو مقر للنساء يعد ضررا فاحشا، فلا يسوغ احداث شباك او بناء يجعل فيه شباكا للنظر مطلا على محل نساء جاره، وإن احدث ذلك يؤمر برفع الضرر، إما بسد الشباك أو ببناء ساتر. فإن كان الشباك المحدث مرتفعا فوق قامة الإنسان، فليس للجار طلب سده.

م ٦٣ : إن كان لأهد دار يتصرف فيها تصرفا مشروعا ، فأحدث غيره بجواره بناء مجددا ، فليس للمحدث أن يتضرر من شبابيك الدار القديمة ، ولو كانت مطلة على نسائه ، بل هو الذي يلزمه دفع الضرر عن نفسه .

وهذه الأحكام تتفق مع ارقى ما قررته القوانين الحديثة من المبادىء في حقوق الجوار(١) .

(ب) المتنفيذ على اموال المدين: توجد نصوص في القانون الفرنسي، تلزم الدائن الرفق بمدينه عند التنفيذ على أمواله، فيبدا، إذا كان المدين قاصرا، بالتنفيذ على المنقول ثم على المقار (م ٢٠٦٦ فرنسي). ولا ينقذ على نصيب شائم مملوك للمدين، قاصرا كان أو غير قاصرا، قبل افراز هذا النصيب (م ٢٠٠٥ فرنسي). ولا يجوز للدائن المرتهن أن ينقذ على عقار غير مرهون، إلا إذا كان العقار المرهون غير كاف للوفاء بدينه غير مرهون، إلا إذا كان العقار المرهون غير كاف للوفاء بدينه (م ٢٠٠٩ فرنسي). وإذا أثبت المدين أن ربع عقاراته الصافي مدة سنة كاف لوفاء دينه، وتنازل عن هذا الربع للدائن، أوقف القاضي اجراءات التنفيذ التي اتخذها الدائن (م ٢٢١٢ فرنسي).

 ⁽١) قارن ما وضعه الأستاذ والتون من النصوص في هنا الموضوع في مقاله الذي سيفت الاشارة إليه (مجلة مصر العصرية سنة ١٩١٦ مجلد ٧ ص ١٩٩٠_ ص ١٩٤).

وليس لهذه النصوص مقابل في التقنين المصري. إلا أن الواجب الرفق بالمدين قلا بتعسف الدائن في التنفيذ، وإلا كان مسيئا لاستعمال هذا الحق. وهذا هو العبدا الذي قررته الشريعة الاسلامية، فقد جاء في المادة ١٦٤ من كتاب مرشد الحيران ما يأتي ، إذا كان المالك مديونا دينا ثابتا عليه شرعا، يجوز نزع ملكه الزائد عن حوائجه الضرورية المحتاج اليها في الحال، ومنها مسكنه الضروري، إذا لم يكن له مال من جنس ما عليه من الدين الشرعي، ويباع قضاء، إذا امتع عن بيعه بنفسه لقضاء دينه من ثمنه، ويبدا في البيع بالأيسر فالأيسر بقدر الدين،

وما أولى بمشرعنا أن يقتبس من هذا النص ما يكفل به الرافة بالمدين، فيكون متفقا في ذلك مع مبادئ القانون المديثة، فضلا عن استناده إلى الشريعة الاسلامية.

مهاديء قانونية لا تزال مجلا للفظل: ننكر من هذه المباديء، على سبيل التعثيل، مسئولية عديم التمييز، ونظرية تحمل التبعة، وحوالة الدين، ونظرية الظروف الطارئة.

(۱) مسئولية عديم التميين: تبنى الشرائع اللاتينية المسئولية التقصيرية على اساس نفسى هو الفطأ، وينبنى على ذلك أن الصبى غير المميز والمجنون، وغيرهما ممن عدم التمييز وفقد الارادة التي يعتد بها القانون، لا يكونون مسئولين مسئولية تقصيرية، لأن الفطأ لا يتصور صدوره منهم، ومن هنا تقرر في القانون الفرنسي، وفي القانون المصري تبعا له، أن عديم التمييز لا يكون مسئولا عما يصدر عنه من الأعمال الضارة، وإنما المسئول هو من كان هذا الشخص تحت رعايته.

أما القوانين المديئة، لا سيما القوانين الجرمانية، فقد عدلت عن هذا الأساس النفسي في المسئولية عن العمل الضار ، وارجبت مسئولية عديم التمييز إلى قدر محدود ، وحجتها في ذلك أن الروابط المدنية غير الروابط الجنائية ، وإذا كان مفهوما الا يعاقب شخص إلا إذا توافرت عنده الارادة ، لأن هذه الارادة مي التي تبرر المسئولية الجنائية ، فليس بمفهوم أن

شخصا ، يتسبب في الحاق ضرر بمال شخص آخر ، لا يعوض هذا الضرر ، بدعوى أن الارادة تنقصه ، إذ الروابط المدنية إنما توجد بين مال ومال ، لا بين شخص وشخص ، فالمنطق يقضى بوجوب التعويض متى وجد الفعرر ، وأن تبنى المسئولية المدنية على فكرة السببية لا على فكرة السببية لا على فكرة الشعطا .

وقد قضى القانون الأماني في المادة ٢٧٩ بان عديم التمييز يلزم بتعويض الضرر الذي أحدثه للغير، إذا لم يمكن المصول على هذا التعويض من شخص مسئول عنه، وبشرط الا يتسبب عن دفعه التعويض حرمانه من الموارد الضرورية لعيشه، وقضى قانون الالتزامات السويسري في المادة ٥٤ بأنه يهوز للقاضى، إذا التتضت العدالة ذلك، أن يلزم شخصا عديم التعييز بتعويض الضرر الذي احدثه، كله أو بعضه، ويجيز المشروع الفرنسي الايطالي في المادة ٢٧ للقاضي أن يمكم بتعويض عادل على شخص عديم التمييز، عن الضرر الذي يصبب به الغير، وقضى قانون السوفييت العدني (م ٢٠١٤) بأنه يجوز المكم بتعويض على عديم التمييز، بعد الموازنة بين يساره ويسار المصاب، وكذلك قضى المشروع البولوني في المادة ٢٩ بجواز المكم بتعويض على عديم التمييز طبقا للظروف.

كل هذه نصوص تقرر مسئولية عديم التمييز في شيء من التصفظ. فما عسى أن يكون موقف مشرعنا من هذه المسألة؟ أيبقى على المذهب النفسي اللاتيني الذي انتقل إليه من القانون الفرنسي، أم يعدل عن هذا المذهب ويأخذ بالمعيار المادي الذي أخذت به القوانين الجرمانية والقوانين العديثة بوجه عام؟

نستفتى فى ذلك الشريعة الاسلامية. فنراها تأخذ بالمعيار المادى
دون تحفظ. ونجدها تقرر أن الصبى إذا أتلف مال غيره يلزمه الضمان
من ماله، ولو كان غير مميز . لأنه، وإن كان معجورا فى الأصل، حتى
لا تعتبر تصرفاته القولية، إلا أنه لا يعفى من ضمان الضرر الذي نشأ
عن قطه . وإن لم يكن له مال ينتظر إلى حين الميسرة (مجمع الضمانات
من ١٤٦). حتى ان طفلا، يوم ولد، لو انقلب على مال انسان فاتلفه،
يلزمه الضمان . وكذا المجنون الذي لا يفيق، إذا مزق ثوب انسان، يلزمه
الضمان (شرح المجلة من ٣٤٥ نقلا عن الهندية).

هذه هي أحكام الشريعة الاسلامية، تجعلنا نرجح الأخذ بالمذهب المادي، وهو مذهب القوانين الحديثة.

(٧) نظرية تحمل القبعة: ويتصل بما تقدم نظرية تحمل التبعة. فقد تمشى المعيار المادى في المسئولية التقصيرية إلى حد أن قال قوم بحنف فكرة الفطأ بتأتا من هذه المسئولية، وجعل الفرم بالفنم. فمن تسبب بنشاطه الاقتصادى، الذى يستفيد منه، في احداث ضرر، وجب أن يتحمل غرم هذا النشاط كما استفاد من غنمه، حتى لو نشأ الضرر عن حابثة فجائية لا يد له فيها. هذه هي نظرية تحمل التبعة. وقد بدأت تسود في الفقه الحديث. وأخذت بها بعض التشريعات في أحوال معينة، الحصلها حوادث العمل وحوادث النقل.

اما القانون المصرى فهو بمعزل عن هذا، وقد قدمنا أن المسئولية فيه مينية على خطأ ثابت، والمحاكم المصرية لا تأخذ حتى بالغطأ المفترض الذي أخنت به المحاكم الفرنسية، إلا في بعض أحكام قليلة سبتت الاشارة إليها، وأشد ما نشكو منه في مصد هي حوادث النقل، فإن وسائل النقل أصبحت قوية عنيفة، لها ضحايا كثيرون، لا يستطيعون أن ينالوا تعويضا إلا إذا أثبتوا خطأ في جانب من تسبب في أصابتهم، وقلما يتمكنون من ذلك.

فما عسى أن يكون موقف المشرع المصري في هذا الأمر عند مراجعة التقنين؟ هل يجاري قضاء بعض المحاكم المصرية فياخذ بنظرية تحمل التبعة في حوادث النقل، ويتمشى في ذلك مع التشريعات الحديثة. أنه إن التبعة في حوادث النقل، ويتمشى في ذلك مع التشريعات الحديثة. أنه إن المباشر لا يشترط فيه التعمد أو التعدي. فإذا زلق أحد وسقط، فاتلف مال أخر ضمنه، ولو كان قد زلق رغما منه، لأن الاتلاف هنا حدث مباشرة، والمباشر ضامن وإن لم يتعمد (مجمع الضمانات عن ١٤٦). ولو أن دابة يركبها انسان داست شيئا بيدها وأتلفته، يعد الراكب أنه أتلف نلك الشيء مباشرة، فيضمن في كل حال (أي دون تعمد أو تعد، ويعبارة أخرى دون خطأ). ومثل الراكب القائد والسائق (شرح المجلة ص ٨٠٥ وما بعدها)، فلو وضعنا إلى جانب الدواب السيارات والمركبات البخارية والكهربائية والطيارات ونحوها، وهذا ما استحدثته المدينة الحاضرة،

خلصناً من الشريعة الاسلامية بحكم يقرر مبدأ تحمل التبعية في حوادث. /

(٣) حوالة الدين: من المقرر في القوانين اللاتينية، وفي القانون المصرى تبعا لها، أن الحق الشخصي تجوز حوالته حقا، ولا يجوز حوالته دينا، فيصح أن ينقل الدائن حقه إلى دائن آخر، ولكن لا يصح أن ينقل الدين دينه إلى مدين يحل محله، فإذا أريد نقل الدين وجب أن يكون ذلك بطريق تجديده، والتجديد غير الحوالة.

وقد كان هذا الموقف الشاذ محلا للنقد ، إذ نحن بين أن نعتبر الالتزام علاقة شخصية ، ونأخذ في نلاق بالمذهب الشخصي ، فلا نجيز حوالة الحق كما لم نجز حوالة الدين ، وبين أن نعتبره قيمة مالية ، ونأخذ في نلك بالمذهب المادي ، فنجيز حوالة الدين كما لجزنا حوالة الحق . أما أن نجيز حوالة الحق ولا نجيز حوالة الدين ، فهذا غير مفهوم . ولا يعترض على حوالة الدين بأن تغيير المدين قد يضر بالدائن ، لأننا نشترط رضاء الدائن ، فإذا أحس ضرر إيصبيه من الحوالة ، فما عليه إلا أن يرفضها .

وقد قررت القوانين الحديثة التى أخنت بالمذهب المادي في الالتزام جواز حوالة الدين. بل وجد من كبار الفقهاء الفرنسيين من يجيزها في التشريع الفرنسي الحالى، إذ لا يصطدم ذلك مع القواعد العامة التي يقررها ذلك التشريم(١).

فإذا اراد المشرع المصرى أن يكون موقفه في هذه المسالة منطقيا ، وأن يتمشى في الوقت ذاته مع ما يقتضيه التعامل من سهولة انتقال المال ، عينا كان أو دينا ، وجب أن يقرر جواز حوالة الدين ، ويجد مستندا له في الشريعة الاسلامية ، فهي تقرر نلك ، وتقف فيه إلى جانب القوانين ذات النزعة المادية . فيجوز أن يتفق كل من الدائن والمدين والفير (سواء كان هذا الفير مدينا للمدين أو غير مدين له طبقا المذهب الحنفي) على أن

⁽١) سالى فى الالتزامات القانون الألمانى طبعة ثالثة سنة ١٩٧٥ م ٨٣ ص ٧٤ هامش نعرة ٣.

ينتقل الدين إلى الفير ، فيحل فيه ممل العدين الأصلى ، ويتحول الدين على المحتال عليه بصفته التي على المحيل (م ٨٩٦ مرشد الحيران)^(١).

(٤) تطوية الطووف الطاوئة: هذه نظرية حديثة آخذ بها القضاء الاداري في فرنسا، وخفف بها من جمود نظرية القوة القاهرة. فعنده أن يتنفيذ الالتزام إذا أصبح مرهقا للعدين، بسبب ظروف طارئة لم يكن يستطبع مهما كان بصبرا بالأمور أن يحسب لها حسابا وقت التماقد، جاز له أن يطلب تخفيف إلزامه. فالتزام العدين لم ينقض إذن بالقوة القاهرة، لأن تنفيذه لا يزال ممكنا، وإنما خفف لأنه أصبح إذن بالقوة القاهرة، لأن تنفيذه لا يزال ممكنا، وإنما خفف لأنه أصبح أثر ما أحدثته الحرب الكبري من الاضطراب في الملاقات الاقتصادية. العرب الكبري من الاضطراب في الملاقات الاقتصادية. واكثر ما يطبقها في العقود المستمرة، التي يستفرق تنفيذها وقتا طويلا، قد تتغير في غضونه الأحوال، وتطرا ظروف تخل بالتوازن الاقتصادي في المالة.

أما القضاء الدنى في فرنسا فلم يجار القضاء الاداري، لتقيده ينصوص مكترية، لا يتقيد بها القضاء الاداري، كذلك في مصر قضت ممكمة النقض بعدم الأخذ بنظرية الظروف الطارئة.

على أن هذه النظرية عادلة. ويمكن المشرع المصرى في تقنينه الجديد أن يأخذ بها استنادا إلى نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية، وهي نظرية فسيحة العدى خصبة النتائج، تتسع لنظرية الضروف الطارئة، ولها تطبيقات كثيرة سنذكر منها فيما يلى نظرية العذر في فسخ الإيجار، وقد اصبحت نظرية الضرورة من النظريات الأاسية في السريعة الاسلامية، وهي تماشي احدث النظريات القانوئية في هذا الموضوع، كما لاحظ ذلك الأستاذ لامبر (Lambert) في المؤتمر الدولي للقانون المقارن، الذي انعقد في مدينة لاهاى في سنة ١٩٣٢، حيث قال ، تعبر نظرية الضرورة في الفقة الإسلامي، اشد ما تكون جزما وشمولا، عن نظرية الظروف المتفيرة، في القانون الدولي العام في نظرية الظروف المتفيرة، وفي القضاء الاداري الفرنسي في نظرية الظروف الطارئة، وفي القضاء

 ⁽١) انظر ايضا يحا قيما في هذا المرضوع للأستانين شيرون ومحمد صادق فهمي بك، منشورا في مجلة مصر العصرية مجلد ٢٧ من ٣٧ – من ١٩٧٠ – من ١٩٠٠.

الانجليزي فيما انخله من المرونة على نظرية استمالة تنفيذ الالتزام تحت ضغط الظروف الاقتصادية التي نشأت بسبب الحرب، وفي القضاء الدستوري الأمريكي في نظرية العوادث المفاجئة (().

وجوه نقص لم يسدها القضاء: نذكر من هذه ملاك الزرع في الأرض المؤجرة، وانقضاء الايجار بموت المستاجر، وانقضاءه بالعذر، والابراء من الدين.

(۱) هلاك الزرع في العهن المؤجرة: ينص القانون الفرنسي على أن المؤجر ضامن لهلاك الزرع بقوة قاهرة بعد نباته ، وللمستاجر أن يطلب انقاص الأجر بنسبة ما هلك من الزرع (م ۲۹۱ - ۱۷۷۳ فرنسي) . وفي قانون الالتزامات السويسري نص (م ۲۸۷) أكثر مرونة من نصوص القانون الفرنسي يقضي بأن لمستاجر الأرض الزراعية الحق في طلب انقاص الأجرة انقاصا نسبيا إذا نقص ربع الأرض المعتاد نقصا محسوسا بسبب وقوع حوادث أو كوارث غير معتادة . أما القانون المصري فقد كان قاسيا على المستاجر ، فهو لا يجيز له أن يطلب انقاص الأجرة إذا هلك الزرع بحادثة جبرية (م ۲۹۷/۳۹۲) ، وعلى هذا الحكم سار القضاء .

وأولى بمشرعنا أن يعدل عن موقفه هذا، فيوجب الضمان على المؤجر إذا علك الزرع، ويكون في هذا متفقا، لا مع القوانين الغربية فحسب، بل مع الشريعة الاسلامية أيضا، فقد نصت المادة ١٧٥ من كتاب مرشد الحيران على أنه إذا زرع المستاجر الأرض، فأصاب الزرع أفة فهلك، وجب عليه من الأجرة حصة ما مضى من المدة قبل هلاك الزرع، وسقط حصة ما بقى من المدة أيضا، وتلاحظ أن هذا المحكم يقضى بأن يكون انقاص الأجرة بنسبة المدة التى لم ينتفع فيها المستاجر بالعين، لا بنسبة ما هلك من الزرع، وهذا هو المذهب الحنفي، أما مالك فذهب

إلى ابعد من تلك، وقضى بسقوط الأجرة حتى عما مضى من المدة قبل هلاك الزرع^(١).

(٧) انقضاء الايجار بموت المستاجر: يقضى القانون المصرى بعدم انقضاء الايجار بموت المستأجر، ما لم يكن الايجار حاصلا للمستاجر بسبب حرفته أو مهارته الشخصية (م ٢٩١/٣٩١). وهذا حكم غير عادل، أخذه المشرع المصري عن المشرع الفرنسي، أرأيت لو أن موظفا ذا مرتب كبير كان يسكن دارا يدفع فيها أجرة عاليه ، ثم مأت وترك عياله، وقد انقطع عنهم مرتب أبيهم، واستبدلوا به معاشا قد يكون ضيئيلا، المتزمون بالبقاء في الدار مدة الايجار، ينفعون هذه الأجرة المالية من تركة ابيهم ، وهم احوج إلى استبقاء التركة من السكني في دار فضة، أصبعت لا تتناسب مع حالتهم الجديدة؟ المق أن حكم الشريعة الإسلامية في هذه المسألة أعدل، فهو يقضى بإنتهاء الايجار بموت المستاجر . والأولى بالمشرع المصرى أن يستند إلى هذا الحكم ليعطى ورثة المستأجر الخيار ، بعد موت مورثهم ، بين البقاء في العين المؤجرة أو الخروج منها حتى قبل انتهاء مدة الايجار، وقد فعل ذلك القانون الألماني (م ٥٦٩) وقانون الالتزامات السويسري (م ٢٧٠ و ٢٩٧) والمشروع القرنسي الايطالي (م ٤٤٠)، مما يدل على أن مبدأ الشريعة الاسلامية هو اكثر اتفاقا مع المبدأ الذي سارت عليه القوانين الحديثة.

(٣) انقضاء الايجال بالعفر: هذا مبدأ قرره المذهب الصنفى فى الشريعة الاسلامية، وهو أحد تطبيقات نظرية الضرورة التى أسلفنا الاشارة إليها. ويتلخص فى أن عقد الايجار بنفسخ للعنر الطارىء. ونلك لأن الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العنر، لأنه لو لزم الطف عند تحقق

⁽۱) انظر كتابا مغطوطا للأستاد مخلوف في مقارنة القانون القرنسي بدهب مالك، وقد ورد فيه ما ياتي (ص ٢٤٠ مر ٢٤٠) وإذا تلف الزرع بأفة، مما للأرض مبخل فيه ما ياتي (ص ٢٤٠ مر ٢٤٠) وإذا تلف الزرع بأفة، مما للأرض مبخل فيه ، فإن تلف بدون الأرض او فارها، او بما ينتقع منها من الماء، او بنحو جامول أو قضاب وهالوك وعاتول أو عطش، سقط كراء الأرض عن المكترى والمدار في السقوط على تلف الزرع بوجود ما ذكر في العدة المستأجرة، وإن تكن الأرض معتادة مثاله،

العنر الملزم صاحب العنر ضرر لم يلتزمه بالعقد، فكان الفسخ في السقيقة امتناعا من التزام الضرر (البدائع ٤ ص ١٩٧). والعنر اما أن يرجع للعين العرجرة، كمن استاجر حماما في قرية مدة مطومة، فنقر الناس، ووقع البلاه، فلا يجب الأجر (الفتاري الهندية ٤ ص ٤٣٧). وأما أن يرجع للمؤجر، كان يلحقه دين فادح لا يجد قضاءه إلا من ثمن العين المؤجرة، فيجعل الدين عنرا في فسخ الاجارة، وكذلك لو اشتري شيئا المؤجرة، فيجعل الدين عنرا في فسخ الاجارة ويرده بالعيب (البدائع ٤ ص ١٩٨١ - ص ١٩٩١ - الفتاري الهندية ص ١٩٥٩ - ص ٤٩٧). وأما أن يرجع العنر للمستاجر، نحو أن يفلس فيقوم من السوق، أو يريد سفرا، أو ينتقل من هرفة إلى الزراعة، أو من الزراعة إلى التجارة، أو ينتقل من مرفة إلى حرفة (البدائع ٤ ص ١٩٧)، وكما إذا كانت الإجارة شرعا، تنقضي الإجارة من غير نقص، كما لو استاجر انسانا لقطع يده شرعا، تنقضي الإجارة من غير نقص، كما لو استاجر انسانا لقطع يده عند وقوع الأكلة، أو لقلع السن عند الوجع، غيرات الأكلة وزال الوجع، عند وقوع الأكلة، أو لقلع السن عند الوجع، غيرات الأكلة وزال الوجع، تنتقضي الإجارة (الفتاري الهندية ٤ ص ١٩٥٨). إن عليدين ٥ ص ٢٧).

وقد وضع الفقهاء للعنر معيارا مرنا، فقال ابن عابدين (٥ صن ٢٧): ووالماصل أن كل عنر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله : يثبت له حق الفسخ ، ويمكن أن نستغلص من الأحكام التفصيلية التي قررما الفقهاء في عذه المسالة القواعد الآتية : (١) لا يصبح الفسخ للعنر إذا كان الماقد الذي يطلب الفسخ يريد أن يحقق منفعة تفوته بدون الفسخ . (٧) ولا يصبح كتلك الفسخ للعنر إذا طلب الماقد نلك لدفع ضرر عنه لا يزيد على الضرر الذي ينجم من الفسخ . (٧) ويصبح الفسخ للعنر إذا كان الماقد يدفع عنه بالفسخ ضررا جسيما يزيد على الفسرر الذي ينجم عن الفسخ . (١) ويصبح الفسر الذي ينجم عن الفسخ . (١) الفسخ الفسر الذي ينجم عن الفسخ .

ونظرية فسخ الايجار للعنر جديرة بأن يأخذ بها المشرع المصرى. فهى من النظريات التي تشهد برقى الشريعة الاسلامية ومرونتها وصلاحيتها للتطبيق في مختلف الظروف. وهى تتفق في هذا مع أحدث مبادىء القانون وأرقاها. فقد قضى قانون الالتزامات السويسرى (م ٢٩٦٦) بجواز فسخ الايجار قبل انتهاء مدته، إذا جدت ظروف خطيرة، تجعل المضى في الايجار مما لا يمكن احتمائه. وهذا المبدأ إنما هو في الواقع تطبيق لنظرية الموادث الطارئة في عقد الايجار.

(3) الإجهاء: يعتبر الابراء في قانوننا، تهما للقانون الفرنسي، اتفاقنا لا يتم إلا بتوافق ارادتين. أما في الشريعة الاسلامية فالابراء يتم بارادة واحدة تصدر من الدائن، وقد ورد في المادة ٣٤٩ من مرشد الصيران أنه لا يتوقف الابراء على قبول المديون، لكن إذا رده قبل القبول ارتد.

ونحن نؤثر التكييف القانوني الذي لتبعته الشريعة الاسلامية على تكييف القانونين الفرنسى والمصرى لسببين، أولهما منطقى والأخر عملي.

اما السبب الأول فهو أن الدائن الذي يبرىء نمة المدين إنما يتنازل عن حق له ، وكان يجب أن يتم ذلك بارادته وحدها . وإذا كان التنازل عن الحق له ، وكان يجب أن يتم ذلك بارادته وحدها . وإذا كان التنازل عن الحق المينى يتم بالارادة المنفردة ، فلماذا لا يتم التنازل عن الحق الشخصى بالارادة المنفردة كذلك ؟ علانا هذا في كتابنا (الالتزامات ١ ص ٧) بما يأتى : ويتم التنازل عن الحق المينى بارادة منفردة ، لأن صاحب الحق ليست بينه وبين شخص بالذات علاقة مباشرة حتى يتفق معه على هذا التنازل . أما الحق الشخصى فالتنازل عنه لا يكون إلا باتفاق الدائن الدائن المق علاقة مباشرة فيما بينهما ، فلا تزول إلا باتفاقهما » .

وهذا التطبيل هو كل ما استطعنا أن نقوله في تبرير هذا التمييز بين التنازل والإبراء. وهو بعد لا يستند إلا إلى نظرة ضبية المق الشخصى، على اعتبار أنه علاقة شخصية، لا قيمة مالية. وإلا فإننا إذا أخذنا بالمذهب المادي للالتزام، واعتبرنا المق الشخصى قيمة مالية كالمق المينى، وجب أن يتم التنازل عن كل من المقين بالارادة المنفردة. وهذا القريمة الاسلامية.

وهناف سبب ثان لعدم اعتبار الابراء اتفاقا يتم بتوافق ارائتين، إذ القول بهذا ينبغى عليه أنه إذا صدر الايجاب من الدائن، ومات العدين قبل القبول، فإن الابراء لا يتم. وهذه نتيجة غير عادلة، ولا يجوز القياس على الهبة في امكان قبولها من ورثة العوهوب له إذا كان هذا قد توفى

قبل القبول (م ٧٣/٥١)، فإن هذا نص استثنائي لا يقاس عليه. أما إذا ذهبنا مع الشريعة الاسلامية إلى أن الايراء يتم بارادة الدائن وحده، وصدرت هذه الارادة، تم الايراه، ولو مات المدين قبل رضائه، بل وقبل علمه، بذلك، وهذا ما يقرره صاحب كتاب مرشد الحيران في الفقرة الأخيرة من المادة ٢٣٩ فيقول: ووان مات (أي المدين) قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته،

وجوم نقص سبها القضاء بما يتفق مع اهكام الشويعة الاسلامية: نذكر من هذه الوجوه احكاما تتعلق بالملكية الشائمة، وبحقوق الارتفاق، وبالتزامات المؤجر، وباليجار الأرض الزراعية، وبالمبن المستمير في عارية الاستعمال، وبالدعوى البولمسية، وبالمبن في قسمة.

(۱) الملكية الشائعة قدمنا أن التقنين المصرى لا يحوى إلا نصوصا قليلة مبعثرة في هذا الموضوع الخطير. مع أننا أو رجعنا للشريعة الاسلامية، إلى جانب أحكام القضاء، وجدنا الشريعة غنية للشريعة الاسلامية، إلى جانب أحكام القضاء، وجدنا الشريعة غنية بأحكامها التي تتفق مع المنطق القانوني، وتتمشى مع عاداتنا وتقاليدنا. المهيدان فيما يأتي (م ١٧): إذا كانت العين مشتركة بين اثنين أو أكثر، فلكل واحد من الشركاء حق الانتفاع بحصته، والتصرف فيها تصرفا لا يضر بالشريك، وله استغلالها وبيعها مشاعة حيث كانت معلومة القدر بغير إذن الشريك. ثم يفصل الأحكام بعد ذلك في نصوص كثيرة، بعضها يعرض لحكم التصرف في العين المشاعة (م ٩٩٧- ٥٧٣)، وبعضها للانتفاع بالعين المشتركة (م ٩٩٧- ٧٢٧)، وبعضها للمشتركة الملك المشترك (م ٩٧٩- ٧٢٧)، وبعضها للماشرة (م ١٩٧٠- ٧٢٧)، وبعضها للمسترك (م ١٩٧٤)، وبعضها للمسترك (م ١٩٧٤)، وبعضها للماشترك (م ١٩٧٤)، وبعضها للماشترك (م ١٩٧٤)، وبعضها للماشرك (م ١٩٧٤)، وبعضها للماشترك (م ١٩٧٤)، وبعضها للماشية (م ١٩٧٥)، وبعضها للماشة المسترك (م ١٩٧٤)، وبعضها للماشية (م ١٩٧٥)، وبعضها للماشية (م ١٩٧٤)، وبعضها للماشية (م ١٩٤٨)، وبعض

فللمشرع المصرى أن يختار من هذه الأحكام الكثيرة ما يتفق مع الحكام القضاء في هذا الموضوع.

 (٣) عقوق الارتفاق: ويستطيع مشرعنا في مقوق الارتفاق كذلك ان يستعرض احكام الشريعة الاسلامية إلى جانب احكام القضاء ، فيأخذ منها ما يصلح. مثل ذلك أنهدام السفل، وقد راينا القضاء يكمل حكم المادتين ٥٨/٣٧ ، فيجيز لصاحب العلو أن يبنى السفل، ويرجع بمصاريف البناء على صاحب هذا السفل، فإذا سجل المشرع المصرى هذا الحكم في تقنينه الجديد، وجد مستندا له في الشريعة الاسلامية ، وحكمها ما يأتي إذا هدم صاحب السفل سفله تعديا ، يجب عليه تجديد بنائه ، ويجبر على ذلك (م ٢٦ مرشد الحيران) ، وإذا أنهدم السفل بلا صنع صاحبه ، فعليه بنازه بلا جبر عليه ، فإن امتنع صاحب السفل من تعميره ، وعمره صاحب العلو باذن صاحبه أو باذن القاضى ، فله الرجوع على صاحب السفل بما انفقه على ساحبه أو باذن القاضى ، فله الرجوع على صاحب السفل بما انفقه على المعارة ، بالفا ما بلغ قدره وأن عمره بلا أنن صاحبه أو أذن القاضى ، فليس له الرجوع إلا بقيمة البناء . وتقدر القيمة بمعرفة أرباب الخبرة زمن البناء لا زمن الرجوع و ولصاحب العلو أن يمنع في الصالتين صاحب السفل من سكناه والانتفاع به ، حتى يوفيه حقه ، وله أن يؤجره باذن القاضى ،

وهناك أهكام أخرى في العلو والسفل، وفي الحائط المشترك، يصبح الرجوع إليها في التقنين الجديد (أنظر م ٦٤ و ٦٥ و ٦٨ و ٧٠ و ٧١ من كتاب مرشد الحيران).

(٣) القرّامات العوّجر تختلف هذه الالترامات في القانون المصرى عنها في القانون الفرنسى . فالمؤجر ، في القانون المصرى ، يسلم العين في المالة التي هي عليها (م ٤٥٢/٣٦٩) ، ولا يلتزم باجراء مرمات (م ٤٥٣/٣٧٩) ، وليس هناك نص يلزمه بضمانً العيوب الخفية . اما القانون الفرنسي فيلزم المؤجر بتسليم العين في حالة حسنة من الترميم (م ١٧٢٠ فرنسي فقرة أولى) ، ويوجب عليه اجراء المرمات الضرورية (م ١٧٢٠) . ولا شكة في أن القانون الفرنسي اعدل من القانون المصرى في هذه المسائل الشلاث على أنه يمكن الاستعانة بأحكام الشريعة الاسلامية ، للتقريب فيما الشانونين .

فتسليم المؤجر للعين في الحالة التي هي عليها، وان كان حكما مأخوذا من الشريعة الإسلامية (انظر ٦٤٢ مرشد الحيران)، يمكن تعديله، من طريق الشريعة الإسلامية نفسها، حتى يقترب من القانون الفرنسي في ثلاثة وجوه: (۱) يجب تسليم العين المؤجرة في حالة تسمح باستفلالها على الوجه المطلوب. وهذا هو حكم الشريعة الاسلامية. فقد ورد في البدائع (جزء ٤ ص ١٩٧) أنه يشترط في الايجار أن يكون المجهود عليه، وهو المنفعة، مقدور الاستيفاء حقيقة وشرعا. وهذا ما يحكم به القضاء المصري (استناف مختلط ٢٦ يونية سنة ١٩٢٣ جازيت ١٢ ص ١٧٣ نمرة ٣٠٤). (ب) ويجب كذلك في التسليم التخلية والتحكين من الانتفاع بدفع الموانع، كما تقضى بذلك الشريعة الاسلامية (البدائع ٤ ص ١٧٧) فإذا كانت العين مشغولة بأشياء أو بأشخاص، وجب على المؤجر تخليتها، ولا يقتصر على تسليمها في الحالة التي هي عليها. (ج) ولا تبرا نمة المؤجر من التزامه بالتسليم، إذا تغير الشيء بفعل غيره، تغيرا يخل بالمنفعة قبل التسليم، ولا يقتصر التزامه في هذه الحالة على تسليم الشيء تالفا في الحالة التي هو عليها (م ٢٦ عرشد الحيران).

أما القيام بالمرمات الضرورية ، فهذا أيضا قد أخذ المشرع المصرى حكمه عن الشريعة الاسلامية. إذ تنص المادة ٦٤٥ من كتاب مرشد الحيران على أنه لا يجبر صاحب الدار المؤجرة على عمارتها، وترميم ما اختل من بنائها ، واصلاح ميازيبها ، وإن كان ذلك عليه لا على المستأجر ، ولكن الرجوع إلى أحكام الشريعة الاسلامية في هذا الأمر يعدل من هذا الحكم كما عدل من الحكم الأول، ويدنو بنا من حكم القانون الفرنسي، فإذا كان المؤجر لا يجبر على اجراء المرمات الضرورية، إلا أنه إذا لم يقم بها ، كان للمستأجر الحق في فسخ الايجار . وقد جاء في ابن عابدين ما يأتي (جزء ٥ ص ٦٦ ـ ٦٧): «عمارة الدار المستأجرة وتطبينها واصلاح الميزاب وما كان من البناء على رب الدار ، وكذا ما يخل بالسكني، فإن أبي صاحبها أن يفعل كان للمستأجر أن يخرج منها، إلا أن يكون المستأجر استأجرها وهي كذلك، وقد رآها، لرضاه بالعيب.. وفي الجوهرة وله أن ينفرد بالفسخ بلا قضاءه. أما إذا قام المؤجر بالمرمة، فمصاريفها عليه لا على المستأجر، على أنه يمكن العثور على قول في الشريمة الإسلامية يجعل المؤجر ملزما بالقيام بالمرمات، فيجبر على تنفيذ التزامه عينا، لا من طريق التهديد بفسخ العقد. ففي مذهب الامام مالك، على ما جاء في كتاب مخطوط للأستاذ مخلوف سبقت الاشارة إليه: ١ لا يجبر مالك الدار المؤجرلها على الاصلاح للمكثري الساكن مثلا، سواه كان ما احتاج للاصلاح يضر بالساكن ام لا ، حدث بعد العقد ام لا . وه مذهب ابن القاسم في المدونة . ويخير الساكن بين السكني ، فيلزمه الكراء ، والخروج منها . وأما غير ابن القاسم ، وهو ابن حبيب ، فيقول يجبر الآجر على الاصلاح كما قال ابن عبد السلام وبه العمل . ولكن الخلاف خاص بالمضر اليسير ، وأما إذا كان كثيرا فلا يلزمه الاصلاح ، اجماعا ... فالبند يوافق المذهب على قول ابن حبيب مع تقييد الاصلاح باليسير ، . (م 3٣٤) .

اما التزام المؤجر بضمان العيوب الففية، فإذا كان لا يوجد فيه نصى في القانون المصرى، فإن في الشريعة الاسلامية نصوصنا صريحة في نلك، إذا أغذ بها مشرعنا، بعد أن أغذ بها قضاؤنا، اقترب كثيرا من حكم القانون الفرنسي، فقد بجاء في ابن عابدين (جزء ٥ ص ٦٤): الاجارة تفسخ بغيار العيب الماصل قبل العقد أو بعده، بعد القبض أو قبله، فإذا كان العيب حاصلا قبل العقد، فيشترط أن المستأجر لم يكن رآه وقت نلك، فإن رآه، فلا خيار لرضاه به » (انظر أيضا شرح العناية على الهداية لا ص ١٩٥- ١٩٧).

(\$) إيهار الأراضي الزراعية: نصت المادتان ٢٨٧/ ٤٧٤ على أنه يجب على مستاجر الأرض للزراعة، الذي قاربت مدة أيهاره على الانتهاء، أن يمكن المستاجر اللاحق من تهيئة الأرض للزراعة والبنر، ما الانتهاء، أن يمكن المستاجر اللاحق من تهيئة الأرض للزراعة والبنر، ما لم يحصل للمستاجر السابق ضمرر من ذلك. ولا يوجد نص على الفرض زراعة لم تحصد. وقد جرى القضاء على أنه إذا انتهت مدة الايجار، ولم ينضج الزرع، والزم المستاجر بتسليم الأرض بما فيها من الزرع، فلم مطالبة المؤجر والمستاجر الجديد بتعويض الخسارة التي المت به لهذا السبب (استثناف المئي ٣٠ يناير سنة ١٩٠١ الاستقلال ٥ ص ١٩٨١ - استثناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٩٦٤ م ٧٣ ص ٥١). وهذا الحكم عادل، وإذا أراد مشرعنا أن يورده في التقنين الجديد، استطاع أن يستند في ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية، في المناب عردة المستاجر إلى ابعد من ذلك، إد تلزم المؤجر أن يبقى من كتاب مرشد الجيران).

وهناك أحكام كثيرة في المزارعة والمساقاة يمكن استمدادها من الشريعة الاسلامية ايضا.

- (•) ضمان المستعير في عارية الاستعمال يقضى القانون الفرنسي على المستعير في عارية الاستعمال ، بأن يحفظ الشيء المعار من الهلاك ، ولو بتضحية شيء معلوك له (م ١٨٨٧ فرنسي) . ولا نصن في القانون المصرى على ذلك . ولكن يمكن الأخذ بحكم القانون الفرنسي ، استنادا إلى الشريعة الاسلامية ، فقد ورد في العادة ٧٩١ من كتاب مرشد الحيران . وإذا كان في امكان المستعير منع التلف من العارية ، بأي وجه ، ولم يمنعه ، يكون متعديا فيضمنها » .
- (1) الدعوى الهولهصهة: في هذه الدعوى حكم معروف يقضى بانه لا يجوز للدائنين الطعن في وقاء المدين بالدين لأحدهم دون الباقي، لأن الدائنين الطعن في وقاء المدين بالدين لأحدهم دون الباقي، لأن الدائن الذي استوفى دينه له حق نمة المدين يتقاضاه، فلا يمكن أن يقال أنه تواطأ معه للأضرار ببقية الدائنين. ويستطيع المشرع المصرى أن ينص على هذا الحكم، مستندا في ذلك إلى الشريعة الاسلامية: فقد جاء في المادة ٢٠٠ من كتاب مرشد الحيران: وإذا كثرت غرصاء المدين، وكان ماله لا يفي بجميع الديون المطلوبة لهم، فله أن يقدم من شاء منهم، ويؤثره على غيره، وأن قضى دين أحدهم، فليس للأخرين أن يجبروا القابض على تقسيم ما قبضه بينه وبينهم،
- (٧) الغين في القسمة: يقضي القانون الفرنسي (م ٨٨٧ فقرة ثانية) بجواز الطعن في القسمة إذا زاد الغين على الربع. ولا يتضمن القانون المصرى نصا يجيز الطعن في القسمة. ولكن القضاء، بالرغم من ذلك، يجيز هذا.

مشروع تنقيح القانون المدنى

لحضرة صاحب العزة الدكتور عبد الرزاق احمد السنهورى بك

تمهيد

بعد أن تم مشروع تنقيح القانون المدنى، وعرض على رجال القانون لاستفتائهم فيه ، بدا لى أنه قد يكون من الخير أن القى محاضرة أفتتح بها هذا الاستفتاء ، فأنظر نظرة عامة فى المشروع واستعرض المصادر التي استمد منها ، وما استحدث من التعديل فى القانون المدى القائم ، وقد تفضل معالى وزير العدل فدعا حضراتكم لسماعها ، ولا شك فى أنكم لا تنتظرون فى الفترة القصيرة التي حددت لهذه المحاضرة إلا أن تسمعوا استعراضا عاجلا ، يمس المسائل مسا سريعا ، ويقتصر على الاشارة إليها فى غير دراسة مستقبضة ، ولكنه استعراض قد يكون فيه تعريف أولى بالمشروع ، تمهيدا لدراسته فيما بعد

ويجوز أن نتساءل حتى بعد أن تم مشروع تنقيع القابون المدنى . هل كانت هناك حاجة ملحة إلى هذا التنقيع ، وهل كان من الضرورى أن يكون تنقيحا شاملا من شأنه أن يغير من معالم التقنين القائم . وأنى لا اترد في الإجابة على هذا السؤال بأن تنقيع التقنين المدنى المصرى تنقيحا شاملا ضرورة تفرضها الظروف التي وضع فيها هذا التقنين . ويقتضيها تقدم التقنينات الحديثة وما كنت في حاجة لأن أزيد على ذلك لولا اعتراضان سمعتهما من ناحيتين مختلفتين يقول اصحاب الاعتراض الأول أن التقنين المدنى المصرى ليس في حاجة إلى تنقيع شامل ، ويكفى أن يكمل ببعض النصوص حتى يصبح صالحا صلاحية تامة للتطبيق في عصرنا الحاضر ويعترف اصحاب الاعتراض بحاجة التقنين بحاجة التقنين عصرنا الحاضر ويعترف اصحاب الاعتراض عصرنا الحاضر ويعترف اصحاب الاعتراض الثاني بحاجة التقنين

 ⁽١) محاضرة القيت بالجمعية الجغرافية الملكية في ٢٤ ابريل ١٩٤٧ ونشرت بمحلة القانون والاقتصاد ـ السنة الثانية عشرة ص ٥٥٠ إلى ص ٥٧٠

المدنى إلى تنقيح شامل ، ولكنهم يخشون أن تكون أحداث الحرب الحاضرة من شأنها أن تغير معالم الحضارة الانسانية بما لا نحسه في الوقت الماضر ، فإذا تكشفت الأمور بعد ذلك ، تبين أن مشروع التنقيح هو نفسه في حاجة الى التنقيح .

أما الاعتراض الأول فيكفى في الرد عليه أن نستعرض استعراضا سريما عيوب تقنيننا المدنى الحالى ؛ وقد لخصتها في مقال نشر بمناسبة العبد الخمسيني للمجاكم الأهلية في العبارات الآتية: «يمكن القول أن تقنيننا المدنى فيه نقص ثم فيه فضول. وهو غامض حيث يجب البيان، مقتضب حيث تجب الافاضة ، ثم هو يسترسل في التافه من الأمر ، فيعني به عناية لا تتفق مم أهميته المحدودة . يقلد التقنين الفرنسي تقليدا أعمى ، فينقل كثيرا من عيوبه وهو بعد متناقض في نواح مختلفة ، ويضم الى هذا التناقض اخطاء معيبة . . . أما النقص فيرجع معظمه الى قصور تقنيننا عن مجاراة التقدم العظيم الذي قطم مراحله علم القانون في العصر الحاضر، فهو منقول عن التقنين الفرنسي، والتقنين الفرنسي وضع في أول القرن التاسم عشر ، فلا يزال المام تقنيننا حتى يصبح متمشيا مع عصره أن يقطع هذه المرحلة الطويلة التي قطعها علم القانون في قرن وثلث قرن، وهذه أجيال طويلة إرتقى فيها القانون ارتقاء لم يكن أحد يتوقعه . . . وهناك مسائل كثيرة نحن في حاجة الى أن نأخذها لا من التقنين الفرنسي العتيق، بل من التقنينات الحديثة، حيث نشهد أحدث النظريات القانونية مطبقة تطبيقا تشريعيامكماً... فهناك نظريات عامة قد استقرت في القانون، وأصبحت تراثا لجميع الأمم، لانجد لها أثرا عندنا أو نجد أثرها ناقصا مقتضيا . فنظرية سوء استعمال الحق ، ونظرية عامة للغبن تتناول كل نواحى القانون، وقانون للجمعيات والمنشأت والأشخاص المعنوبة بوجه عام، وتشريع للعمل ... ونظام لعقد التأمين وعقود الاحتكار والمنافع العامة، ونظرية للنيابة في التعاقد، وتنظيم الملكية على الشيوع، والاعتراف بحوالة الدين أسوة بحوالة الحق، وإقرار الارادة المنفردة مصدرا للالتزام، والاعتراف بالعقود المجردة وبعقود الاذعان ... كل هذه نظريات لاحظ التقنيننا منها، وهي لازمة لايجوز اغفائها في تشريع حديث. . . هذا الى أن تقنيننا في موضوع من أهم

موضوعات القانون هو موضوع العقد، وفي مسألة من ادق مسائل هذا الموضوع هي مسألة تكوين العقد، نراه صامتا صمتا مدهشا لايفسره الا تقليد أعمى للتقنين الفرنسي، وترسم دقيق من مشرعنا لخطي المشرع الفرنسي، حتى في المزالق التي وقع فيها، . هذا ما نكرناه في المقال المشار اليه، ومنه يتبين بوضوح كيف أن تقنيننا المدنى هو في أشد الصاحة الى تنقيع شامل جامع.

بقى الرد على الاعتراض الآخر ، وهو يرمى الى تأخير التنقيم حتى يتبين أثر الحرب الحاضرة في تطور مدنية البشر . ولست أشاطر أصبهاب هذا الاعتراض تخوفهم من هذه الناحية ، فإن الحرب مهما عظم أثرها لا تغير تغيير الحوهرما في المبادئء الفنية للقانون المدنى، قد تغير الحرب من نظم الحكم ومن النظم الاقتصادية والاجتماعية، ولكنها لاتغير من أصول الصياغة القانونية. وإذا كان القانون، كما يقول جني Gény الفقيه الفرنسي المعروف ، علما وصياغة ، وكانت الصياغة هي العنصر الأساسي الذي يكسب القانون ذاتيته ، فلنا أن نطمئن إلى استقرار النظم القانونية . ويكفى أن نذكر أن العالم في تاريخه الحديث قد شهد ثورتين من أشد الثورات عنفا وأبعدها أثراء الثورة الأولى هي الثورة الفرنسية في آخر القرن الثامن عشر، وقد قلبت نظم الحكم رأسا على عقب، ومع ذلك فان التقنين الفرنسي الذي أعقب هذه الثورة لم يكن الا رجوعا الى قانون الماضي، قانون ما قبل الثورة، وبقى هذا التقنين طوال القرن التاسم عشر ، ولا يزال باقيا الى اليوم ، لم يستقر الرأى بعد على تنقيحه . والثورة الأخرى هي الثورة الروسية ، شبت في القرن العشرين ، ولم تكن أقل تأثيرا -في النظم العالمية من الثورة الفرنسية، ومم ذلك نرى التقنين المدنى السوفييتي محتفظا بالصباغة المدنية المعروفة، وهو من التقنينات التي استمد منها المشروع الحالي . وهناك التقنين الألماني ، وهو آية من آيات الفن والعلم، والتقنين السويسرى وهو مثل عال من مثل التشريم الديمقراطي، قد كانا سابقين للحرب الكبرى التي نشبت في أواثل هذا القرن، وبقيا بعد هذه الحرب دون تغيير، وهما الأن يشهدان الحرب الحاضرة، وسيبقيان بعدها كما هما، دون أن بلحقهما تغيير جوهري. ١ وكل ما يمكن أن يحسب حسابه في هذا الصند هو ما سيعقب الحرب الحاضرة من تغلب النزعة الاشتراكية في النظم الاقتصادية والاجتماعية، وسترون أن المشروع في هذه النزعة يماشي عصره، غير مقصر ولامتخلف.

فتنقيع تقنيننا العدنى تنقيحاً شاملا جامعا هو إذن ضرورة تنبه لها العسئولون من رجال القانون في مصر منذ زمن طويل. ودخلت في دور عملي حاسم منذ سنة ١٩٣٦، إذ تآلفت اول لجنة لهذا التنقيع في اول مارس من تلك السنة، وحدد لها عامان للغراغ من عملها مع التغرغ له. وكان رئيس اللجنة هو حضرة صاحب السعادة مراد سيد احمد باشا وبلغ عدد اعضائها سبعة غير الرئيس، ولم تلبث هذه اللجنة أن حلت بقرار من مجلس الوزراء، بعد أن انجَّزت في ثلاثة أشهر بعض النصوص التمهيدية المتطقة بمصادر القانون وبتنازع القوانين، استبقى منها المشروع نصوصا اربعة هي المواد الأولى فيه وتألفت اللجنة الثانية في نوفمبر سنة ١٩٣٦ برياسة معالى كامل صدقى بك، وعدد اعضائها تسعة غير الرئيس، وبقيت إلى شهر مايو سنة ١٩٣٨، وقد انجزت النصوص كما هي، الخاصة بالكفالة وبالشفعة فاستبقى المشروع هذه النصوص كما هي، مع تعديل بسيط في ترتيبها.

وتألفت اللجنة الثالثة وهي اللجنة الحالية في أواخر عام ١٩٣٨ من عضوين أثين، وقد رأى وزير العدل إذ ذاك، حضرة صاحب المعالى أحمد خشبة باشا، وهو الذي قام بتأليف هذه اللجنة، أن خير سبيل لانجاز العمل هو الا يكلف به أكثر من عضوين يتفرغان تفرغا تاما، وإلى هذه الفكرة الحكيمة يرجع الفضل في اتمام هذا المشروع.

واحب أن أقرر منذ الآن أن المشروع لم يحقق الوحدة المرجوة للتقنين المدنى ، فلا يزال هذا التقنين موزعا شطرين ، شطر الأحوال الشخصية وقد اعد له هذا اعد له مشروع . ويلاحظ من جهة أخرى أن المشروع قد أغفل موضوعين ، المشروع قد أغفل موضوعين ، أولهما هو موضوع الملكية الأدبية والفنية والصناعية ، إذ أن هناك مشروعا خاصا بهذه المسالة لا يزال تحت البحث . والثاني هو موضوع السجل العقارى ، إذ الأمر فيه يتوقف على انجاز مصلحة المساحة للأعمال التمويدية التي يجب أن تسبق إصدار التشريع الخاص بهذا الموضوع ، وقد

اقتصر المشروع على ادماج قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٣٧ مع تعديل طفيف في بعض نصوصه.

ويسرني أن أقرر، قبل أن أفرغ من هذا التمهيد، أن حضرة صاحب المعالى عبد العزيز فهمى باشا قد تفضل فعنى عناية خاصة بدراسة هذا المشروع، وأفضى إلى بملاحظاته على الجزء الأكبر منه، فسجلت هذه الملاحظات وسيكون لها أكبر نصيب من الاعتبار.

والآن نبدأ ببحث المشروع، فنستعرض المصادر التي استند إليها، ثم نلقى عليه نظرة سريعة لنتبين كيف رتبت أحكامه، وما وجوه التنقيح التي حققها، وما هي اتجاهاته العامة.

١ ـ المصادر التي استند إليها المشروع

اما عن المصادر التي استند إليها المشروع، فلم يكن هناك مجال للتردد، إذ ينبغي أن يرجع في تنقيح التقنين المدني المصري إلى مصادر ثلاثة إلى القانون المقارن، وإلى القضاء المصرى وإلى الشريعة الاسلامية.

فالقانون المقارن يمثل التقدم الحديث لعلم القانون والتشريع، وتتراءى في ثناياه احدث التطورات القانونية، واهم ما ينبغى ان يقف عنده المقنن إذا اراد ان يكون تقنينه مرأة صادقة للقانون في عصره، وان يستجمع في هذا التقنين مزايا كل التقنينات التي سبقته، فيجب إذن ان يكون القانون المقارن هو المصدر الأول بين المصادر التي يستمد منها التنقيع، وينبغى أن نقف من القانون المقارن عند التشريع المقارن، فإننا في صدد عمل تشريعي، وتستخلص حالة التشريع المقارن من حركة في صدد عمل تشريعي، وتستخلص حالة التشريع المقارن من حركة لا تتارة اخرى، وهي حركة بقيت في نشاط طوال القرن التاسع عشر، واستمرت في نشاطها منذ فجر القرن العشرين إلى يومنا هذا، فقد ظهر طويلة من التقنين الفرنسي، ثم ظهرت سلسلة طويلة من التقنينات اللاتينية خلال القرن التاسع عشر، نسجت جميعها على منوال التقنين الفرنسي، من زلك التقنين الإيطالي، والتقنين على منوال التقنين المرتسي، من زلك التقنين الايطالي، والتقنين الورديكا

الجنوبية، وتقنين كندا الجنوبية. واستمرت حركة التقنين اللاتيني في القرن العشرين، في شيء من الجدة والتطور، فظهر التقنين التونسي، والتقنين المراكشي، والتقنين اللبناني، وظهر فيما بين ذلك المشروع الفرنسي الايطالي في الالتزامات والعقود، وهو خلاصة التقنينات اللاتينية، جددت فيه حتى صارت تماشى روح العصر، وبدأ وضع المشروع الفرنسي الايطالي في سنة ١٩١٨، إذ قام الأستاذ شيالويا، الفقيه الايطالي المعروف، ينادي بتوحيد التقنينين الفرنسي والايطالي، حتى ترتبط الأمثان اللاتينيتان الشقيقتان برباط من وحدة القانون وثيق، وحتى يكون ذلك نواة لتوحيد التقنين في كثير من بلاد العالم. فلقي من الأسائدة الفرنسيين، ولا سيما الأستاذ لارنود ترحيباً بدعوته. والفت لجنتان، إحداهما فرنسية والأخرى ايطالية، اتمتا التقنين في مدى عشر سنوات، وقدمتاه لحكومتيهما في سنة ١٩٢٨. ولم تتخذه فرنسا حتى اليوم تقنيناً رسمياً لها ، أما أيطاليا فقد أدمجته في تقنينها المدنى الجامع الذي صدر أخيراً. والمطلع على المشروع الفرنسي الايطالي لا يسعه إلا أن يعجب بالجهود الكبيرة التي قام بها واضعوه، فقد اكسب هذا المشروع التقنينات اللاتينية العتيقة جدة لم تكن لها. ونفخ فيها روح العصر الذي نعيش فيه، وجمع بين البساطة والوضوح، مع شيء كثير من الدقة والتحديد. على أن المشروع بكاد يكون محافظا إذا قيس إلى التقنينات العالمية الأخرى، فقد احتفظ بالروح اللاتينية إلى حد جعله يضحى في بعض النواحي التمشي مع روح التقدم الحديثة.

إذاء هذه التقنينات اللاتينية يجب أن توضع التقنينات الجرمانية، وأهمها ثلاثة: التقنين اللائماني والتقنين النمساوي والتقنين السويسري. أما التقنين الأكماني فيعد أضخم تقنين صدر في العصر الحديث، وهو خلاصة النظريات العلمية الأكمانية مدي قرن كامل. تم تحضير مشروعه الأول في سنة ١٨٨٧، ونشر هذا المشروع رسميا للاستفتاء عثم عرض على الهيئة التشريعية. وانفقت الحكومة مع الأحزاب السياسية على أن تقتصر الأحزاب على النظر في المسائل السياسية والاجتماعية والدينية، تاركة مسائل الصياغة القانونية كما هي دون تعديل، حتى لا يختل تناسقها. فكان ذلك سببا في السهولة والسرعة اللتين اقترنتا بالموافقة

على المشروع ، فأصدر في سنة ١٨٩٦ على أن يعمل به من أول يناير سنة ١٩٠٠ و التقنين الألماني .بيز من الناحية الفقهية أي تقنين آخر ، فقد اتبع طريقة تعد من أدق الطرق العلمية ، وأقربها إلى المنطق القانوني . ولكن هذا كان عائقا له عن الانتشار ، فإن تعقيده الفني ودقته العلمية أقصياه بعض الشيء عن منحى الحياة العملية ، وجعلاه مغلق التركيب عسر الفهم .

والتقنين النمساوى يرجع عهده كما قدمنا إلى أوائل القرن التاسع عشر، فقد ظهر فى سنة ١٨١٢ عقب التقنين الفرنسى، ولكنه لم يتح له من النجاح ما اتبح لهذا التقنين. لذلك بقى محدود الانتشار فى أوربا حتى غمره التقنين الألمانى، وقد قام النمساويون بتنقيح تقنينهم فى أول سنى الحرب الماضية، وظهر التنقيح فى سنة ١٩٩١، فأعاد لهذا التقنين العتيق شيئا من الجدة المسايرة لروح العصر. ولكنه لم يكن تنقيحا شاملا، بل استبقى التقنين القديم بعد ادخال بعض تعديلات جزئية تناثرت متفرقة بين نصوصه المختلفة، فلم يكن للتنقح اثر كبير فى انتشاره.

بقى من التقنينات الجرمانية التقنين السويسرى. وهو تقنينان لا تقنين واحد، احدهما في الالتزامات والعقود، والأخر فيما بقي بعد ذلك من القسام القانون المدنى. والسنب في هذا الازوداج اعتبارات دستورية يضيق المقام عن نكرها. وقد وضع مشروع التقنين الخاص بالالتزامات والمقود، ويشمل التقنين التجارى الذي اعده استاذ واحد هو الأستاذ فيك جاء ونشر للاستفتاء، ثم. عرض على الهيئة التشريعية فوافقت عليه بتناسق التقنين، وقد اعيد النظر فيه ونقح في سنة ١٩٩١، وكذلك الأمر فيما يتعلق بالتقنين الأخر، وضع مشروعه استاذ واحد هو الأستاذ هيبر الالتزامات، وعرض على الهيئة التشريعية، فأقرته منفصلا عن تقنين سنة ١٩٩١، وكان المنتظر أن يكون التقنين السويسرى، وهو من صنع الأساتذة، عملا فقهيا، فإذا به نو صبغة عملية بارزة، أما التقنين مشهورة، وقد اشترك في تحضيره رجال عمليون، فصبغته الفقهية واضحة مشهورة، وبمتاز التقنين السويسرى، فصبغة الفقهية واضحة مشهورة، وبمتاز التقنين السويسرى والبساطة، فيتغاير بهذا

مع التقنين الأماني المعقد المغلق. وهو يجمع الى الوضوح والبساطة والتعمق، ثم يضم الى ذلك الجدة والتمشى مع أحدث النظريات العلمية. ففيه تجتمع مزايا التقنين الأماني من حيث القيمة الفنية، ومزايا التقنين الفرنسي من حيث السلاسة والوضوح. على أن هذا الوضوح خداع في بعض الأحيان، فأن كثيرا من النصوص في التقنين السويسري يبدو لأول وهلة سهل الفهم قريب المأخذ، فإذا ما محص النص أونعم النظر فيه، بدا الابهام والنقص وظهرت الحاجة الى الدقة والتحديد، وتبين أن الوضوح في صياغة النصوص التشريعية قد ينقلب غموضا عند تطبيق هذه النصوص(١٠).

إلى جانب التقنينات اللاتينية والتقنينات الجرمانية ظهر في خلال القرن العشرين طائفة من التقنينات المتخيرة، لا تنحاز الى إحدى المدرستين انحيازا مطلقا، بل تتخير، فتأخذ من كل مدرسة بالذي هو المدرستين انحيازا مطلقا، بل تتخير، فتأخذ من كل مدرسة بالذي هو احسن. وعلى رأس هذه التقنينات البولوني في الالتزامات والعقود. وقد جمع هذا التقنين بين مزايا التقنينات اللاتينية في الوضوح والسلاسة ومزايا التقنينات الجرمانية في الدفة والتعمق. ويمكن أن يذكر مع التقنين البولوني من التقنينات المتخيرة التقنين الباباني وقد صدر في السنة ١٩٨٦، والتقنين الصيني وقد صدر في السوفييت وقد صدر في سنة ١٩٧٦، والتقنين الصيني وقد صدر في سنة ١٩٨٦،

من كل هذه التقنينات المختلفة النزعة العتباينة المناحى، ويبلغ
عددها نحو عشرين تقنينا، استمد المشروع المعروض اليوم للاستفتاء
ما اشتمل عليه من النصوص. ولم يوضع نص الا بعد أن فحصت
النصوص المقابلة له في كل هذه التقنينات المختلفة، ويقق النظر فيها،
واختير منها اكثرها صلاحية ، حتى ليجوز القول بأن المشروع يمثل من
ناحية حركة التقنين العالمية نمونجا دوليا يصبح أن يكون نواة لتوحيد
كثير من التقنينات المدنية، ومن أجل هذا لم يغير المشروع في النصوص
التي اختارها من التقنينات المختلفة إلا في أضيق ما يكون من الحدود،

⁽١) انظر في المشروع الفرنسي الإيطالي والتقنين الألماني والسويسري مقالنا الذي نشر بمناسبة العيد الخمسيني للمحاكم الأهلية في مجلة القانون والاقتصاد السنة السائسة ص ٤٤ ـ ٥٥ .

بعيث يبدو أن التغيير ضرورة لازمة ، أو حيث يكون مصدر النص اكثر من تقنين واحد . وفيما عدا ذلك حافظ المشروع على حرفية النصوص التي اختارها ، حتى يحتفظ بقيمته النموذجية أ فلا يصبح مجرد تقنين جديد يضاف الى التقنينات الكثيرة التي تظهر من وقت لأخر . هذا الى أن النص الذي يختار من تقنين معمول به ، إذا حوفظ على حرفيته ، تكون له مزية على النص الذي يوضع وضعا ، إذ يكون للنص المختار قيمة تشريعية ليست للنص الموضوع ، وهو بعد نص قد طبقته المحاكم ، ومحصته التجارب ، واستقر في مضطرب الحياة المدنية .

وتجدون في المذكرة الايضاحية التي سترسل اليكم تباعا بمجرد الفراغ من طبعها ، تحت كل نص من نصوص المشروع ، النص الذي يراد نقيحه في التقنين المدنى المصرى الحالى ، ان كان هناك نص موجود ثم كل النصوص المقابلة لنص المشروع في جميع التقنينات التي اسلفنا ثم كل النصوص المقابلة لنص المشروع في جميع التقنينات التي اسلفنا ذكرها ، من لاتينية وجرمانية ومتخيرة بما في ذلك النصوص التي الهذاء منها نص المشروع مكتوبة بحروف بارزة ، وهذا وحده يعين على الافتاء الى حد بعيد ، إذ يسهل على الباحث أن يتبين ، من مقارنة هذه النصوص بعضها ببعض ، قدر صلاحية النص الذي اختاره المشروع . ثم يعقب ذكر النصوص المقابلة اشارة الى بعض احكام القضاء المصرى في المسالة التي يتناولها النص ، واشارة الحر يعض احكام القضاء المصرى في المسالة الشريعة الاسلامية مستمدة في الأكثر من مرشد الحيران ومجلة الأحكام المدلية . وقد قدمنا أن القضاء المصرى والشريعة الاسلامية هما المصردان الآخران اللذان استند اليهما المشروع ، وقد أن أن نقول كامة في كل منهما .

أما القضاء المصرى فقد استغل الى حد كبير فيما تم من عمل التنقيع . لأنه لايكفى أن يكون المشروع نمونجا دوليا ، بل يجب ايضا أن يكون متفقا مع حاجات البلد ، والقضاء هو خير معبر عن هذه الحاجات . وقد كانت مهمة قضائنا بنوع خاص شاقة عسيرة ، إذ كان مطلوبا منه أن يمصر قانونا أجنبيا دخل فى البلاد بين يوم وليلة ، فقام بعمله فى كثير من اللباقة والمهارة . لذلك كان فى الاستطاعة أن تستخلص منه كثيرا من الدوس النافعة . ويكفى أن نذكر هنا ، على سبيل التمثيل لا على سبيل

الحصر بعض الأحكام التي استعدها المشروع من القضاء المصرى، واقتصر فيها على تقنين هذا القضاء وتسجيله.

فهناك موضوعات كاملة أخذت فيها احكام القضاء . من ذلك الملكية الشائمة ، ولا يكاد يوجد في تقنيننا الحالي نص تشريعي في هذا النوع من الملكية ، على أهميته وانتشاره في مصبر . وقد تكفل القضاء المصبري بتفصيل أحكامه ، وقنن المشروع المبادي التي قررها القضاء في هذا الشأن . ومن ذلك قسمة المهايأة تولي القضاء بيان أحكامها ، وعن القضاء أخذ المشروع هذه الأحكام ، ودعمها بنصوص استوحاها من عادات البيئة المصرية . ومن ذلك الحراسة ، والحكر ، وحقوق الارتفاق ، والتزامات الجوار ، تولاها القضاء جميعا بالتنظيم المفصل ، وقنن المشروع ما قرره القضاء بشائها من أحكام ومبادي .

والى جانب تقنين المشروع للقضاء المصرى فى موضوعات كاملة ، قنن أيضا هذا القضاء فى كثير من المسائل التفصيلية الهامة . ويضيق المقام عن أبراد ما كان يصع إيراده من الأمثلة المتنوعة فى هذا الصدد . فنجتزىء بالاشارة الى قليل من هذه المسائل .

قنن المشروع القضاء المصرى في التعاقد بالمراسلة، وفي الحالات التي يعتبر فيها سكوت المتعاقد قبولا، وفي تحديد الأجل إذا اشترط ان يكون الدفع عند المقدرة او عند الميسرة، وفي جواز تخفيض الشرط الجزائي، وفي عدم جواز تخفيض اجر الوكيل إذا دفع هذا الأجر طوعا الجزائي، وفي عدم جواز تخفيض اجر الوكيل إذا دفع هذا الأجر طوعا بعد تنفيذ الوكالة، وفي ضمان العبوب الخفية في الايجار، وفي جعل الربع المستحق في ذمة الحائز سبيء النية والديون الثابتة في ذمة ناظر الوقف للمستحقين نتقادم بخمس عشرة سنة لا بخمس سنوات، وفي الهبات والوصايا التي تصدر من المورث لورثته مخفية تحد ستار البيع، وفي بدء سريان التقادم في دعوى ضمان الاستحقاق، وفي اعتبار رهن الحيازة في يد الدائن قاطماً للتقادم، وفي رجوع حائز العقار المرهون إذا وفي كل الدين على الحائزين الأخرين، وفي انتقال حق الشفعة بالميراث، وفي غير ذلك من المسائل الكثيرة التي ترونها متناثرة في جميع الحجى المشروع.

بقيت الشريعة الاسلامية كمصدر من المصادر التي استند اليها المسروع. وللشريعة الاسلامية كمصدر من المصادر التي اضري اطول من هذه، ولكني لا اتردد في كل فرصبة أن اكرر أن الشريعة الاسلامية تعد في نظر المنصفين من أرقى النظم القانونية في العالم، وهي تصلح أن تكون دعامة من دعائم القانون المقارن. ولا نعرف في التاريخ نظاما قانونيا قام على دعائم ثابتة من المنطق القانون الدقيق، يُضاهي منطق قانونيا قام على دعائم ثابتة من المنطق القانون الدقيق، يُضاهي منطق القانون الروماني، إلا الشريعة الاسلامية. ومهما تكن حاجة هذه الشريعة الى حركة علمية قوية تعيد لها جدتها، وتنفض ما تراكم عليها من غبار الركود الفكري الذي ساد الشرق منذ أمد طويل، وتكسر عنها أغلال التقليد الذي تقيد به المتأخرون من الفقهاء، فانها حتى في حالتها الراهنة تصلح أن تكون مصدرا خصبا يستمد منه التقنين المصري كثيراً من الأحكام، وقد استمد المشروع فعلا من الشريعة الاسلامية كثيراً من نظرياتها العامة وكثيراً من أحكامها التفصيلية.

ونبدا قبل هذا وذاك ان نسترعى النظر الى ما ادخله المشروع بشان الشريعة الاسلامية من تجديد خطير ، فقد جعلها من بين المصادر الرسمية للقانون المصرى ، إذ ذكر في اول مادة منه أن القاضى إذا لم يجد نصا تشريعيا فإنه يستلهم مبادىء الشريعة الاسلامية . والفروض التي لا يعثر فيها القاضى على نص في التشريع ليست قليلة ، فسيرجع القضاء إذن للشريعة الاسلامية يستلهم مبادئها في كثير من الأقضية . وفي هذا فتح عظيم للشريعة الغراء ، لاسيما إذا لوحظ أن ما ورد في المشروع من نصوص هو أيضا يمكن تخريجه على أحكام الشريعة الاسلامية دون كبير مشقة . فسواء وجد النص أو لم يوجد ، فأن القاضى في أحكامه بين أثنين ، إما أنه يطبق أحكاما لا تتناقض مع مبادىء الشريعة الإسلامية ،

ولم يقتصر الأمر على ذلك، واخذ المشروع كما قدمنا، من طريق مباشر، بنظريات عامة في الشريعة الإسلامية وبأحكام تفصيلية.

واهم ما قتيسه من النظريات العامة هو هذه النزعة المادية أو الموضوعية التي تميز الفقه الإسلامي. كما أخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق، وبمسئولية عديم التمييز، وبحوالة الدين، وبمبدأ الحوادث غير المتوقعة.

ونقول كلمة موجزة عن كل من هذه المسائل.

اما عن النزعة المادية ، فإنه يمكن تقسيم الشرائع الى قوانين تتغلب فيها النزعة النفسية أو الشخصية tendance subjective وهذه هي الشرائع اللاتينية بوجه عام، واخرى تتغلب فيها النزعة المادية أو الموضوعية tendance objective وهذه هي الشرائع الجرمانية. ويختلف هذان النوعان من الشرائم، أحدهما عن الآخر، في نظرته الى النظم القانونية، فالشرائع، ذات النزعة النفسية تغلب في الالتزام عنصره الشخصى دون موضوعه المادي، وتنظر في العقد إلى الارادة الباطنة النفسية دون الارادة الظاهرة المادية ، ونضع معايير نفسية تعتبر فيها النية المستترة ، لا معايير مادية يعتبر فيها العرف وما الفته الناس في التعامل. وتجرى الشرائع ذات النزعة المادية على العكس من ذلك، فتغلب في الالتزام موضوعه المادي، وتنظر في العقد الى الارادة الظاهرة، وتضع مجابير مادية تقف فيها عند العرف المألوف. والنزعة المادية في القانون دليل على تقدمه، إذ يكشف يهذه النزعة عن شدة حرصه على ثبات المعاملات واستقرارها . فإذا أردنا تحديد نزعة للشريعة الاسلامية، فهذه النزعة لاشك مادية. وإذا كانت العبرة في هذه الشريعة بالمعاني دون الألفاظ، إلا أن المعاني التي تقف عندها هي التي تستخلص من الألفاظ، لا من النيات المستكنة في الضمير . فالعبرة فيها بالارادة الظاهرة، لا بالارادة الباطنة. ومن هذا تدقق الفقهاء في كثير من المواطن في تحديد معاني الألفاظ، ويرتبون على اختلافها اختلافًا في الحكم. وهم ليسوا متنطعين يضحون المعنى للفظ كما قد يتوهم البعض، بل هم يقفون عند الارادة الظاهرة التي يكشف عنها اللفظ المستعمل، حفظا لثبات التعامل واستقراره كذلك نجد معابير الشريعة الإسلامية معابير مادية، تنزل عن المألوف في التعامل والتعارف بين الناس. والمشروع يقتفي أثر الشريعة الاسلامية في كل ذلك، فيتميز بنزعة مادية واضحة . نرى هذا في كثير من المعابير التي يأخذ بها ، وفي نظرته للالتزام حيث براه عنصرا ماليا أكثر منه رابطة شخصية، وفي نظرته للعقد حيث يأخذ في كثير من الفروض بالارادة الظاهرة دون الارادة الماطنة .

وقد اخذ المشروع ايضا عن الشريعة الاسلامية نظرية التعسف في استعمال الحق. وهي نظرية تقررها الشريعة في أوسع مدى، ولا تقتصر فيها على المعيار النفسى الذي اقتصرت عليه اكثر القوانين، بل تضم اليها معيارا ماديا، إذ تقيد كل حق بالأغراض الاجتماعية والاقتصادية التي قرر من أجلها. وقد أخذ المشروع بهذه الأحكام، فقرر المبدأ بمعياريه النفسى والمادي، وأورد له تطبيقات كثيرة، اقتبسها هي أيضا من الشريعة الاسلامية. ومسئولية عديم التمييز تأخذ بها التقنينات الجرمانية الجرمانية لأنها هي التي تتفق مع الشريعة الاسلامية. وكذلك الأمر في حوالة الدين، تغفلها التقنينات اللاتينية، وتنظمها التقنينات الجرمانية للشريعة. ومبدأ الحوادث غير المتوقعة وقد أخذ المشروع بها اتباعا للشريعة. ومبدأ الحوادث غير المتوقعة principe de l'imprévision أخذ به principe de l'imprévision أهدني نظرية الضرورة في الشريعة الاسلامية.

وهناك اهكام تفصيلية كثيرة اقتبسها المشروع من الفقه الاسلامي ، نكتفي هنا بمجرد الاشارة الى بعضها . من نلك الأحكام الخاصة بمجلس العقد ، وايجار الوقف ، والحكر ، وايجار الأراضي الزراعية ، وهلاك الزرع في العين المؤجرة ، وانقضاء الايجار بموت المستأجر ، وفسخه بالعذر ، ووقوع الابراء من الدين بارادة منفردة . وندع جانبا العسائل التي سبق أن اقتبسها التقنين الحالي من الشريعة الاسلامية وجازاه المشروع في ذلك ، كبيع المريض مرض الموت ، والغين ، وخيار الرؤية ، وتبعة الهلاك في البيع ، وبالحائط المشترك ، ومدة التقادم . أما الأهلية ، والهبة ، والشفعة ، وأما المبدا القاضي بألا تركة الا بعد سداد الدين ، فهذه كلها موضوعات على جانب كبير من الأهمية ، وقد اخذت برمتها من الشريعة . الاسلامية .

٧ .. نظرة عامة في المشروع

والآن بعد أن استعرضنا المصادر التي استند اليها المشروع، نلقى نظرة عجلى على المشروع نفسه، فنزى أولا كيف رتبت أحكامه. لم يكن ترتبب المشروع بالأمر الهين ، إذ كان بنيفي التفكير في ترتبب يماشي الحركة العلمية، ولا يتجافى مع الحقائق العملية، ويستنير في الوقت ذاته بترتيب التقنيذات الحديثة التي صدرت في خلال القرن العشرين ، مع المحافظة بقدر الامكان على الترتيب الذي اتبعه التقنين الحالي. ولا ادخل في تفصيلات هذا الترتيب ، فإن المشروع بين ايديكم ، تستطيعون يتصفحكم له أن تتبينوا أنه نجا من الخلط والتشويش ، اللذين وقع فيهما التقنين الحالى ، مع محافظته على التقسيمات الرئيسية التي اتبعها هذا التقنين. وسترون عند دراسة كل موضوع كيف توخى المشروع أن يرتب المسائل ترتيبا منطقيا تتسلسل الفكرة فيه ، فيسهل على الباحث أن يدرك ما بين المسائل المختلفة من ارتباط، وما ينتظمها جميعا من تناسق. وهذا هو سبب ما اتبع في ترتيب الأحكام من تقسيم وتبويب وتفريع، ولم يكن المشروع مبتدعا في ذلك، بل كان مقتفيا أثر أحدث التقنينات واكثرها ذيوعا وانتشارا. بل ان العناوين التي وضعت بجانب النصوص لم يبتدعها المشروع ، بل سبقه إليها التقنين السويسري ، ودلت التجارب على أنها تيسر البحث تيسيراً كبيراً ، فإذا ما رؤى في النهاية استبقاؤها فمن الممكن أن تبقى دون أن تعتبر جزءا من التشريع.

ولا اظننى في حاجة للدفاع عن كثرة النصوص التي اشتمل عليها المشروع . فإن القانون المدنى كما تعلمون واسع المدى . ولو قورن هذا المشروع بالتقنين الفرنسي . وهو التقنين المعروف بالاعتدال في عدد ما اشتمل عليه من النصوص . لتبين أن المشروع أكثر أيجازا فإن المواد المتطقة بالمعاملات في التقنين الفرنسي تبلغ في العدد نحو خمسمائة والف . يقابلها في المشروع مائتان والف ، وأما باقي المواد تبلغ نحو الأربعمائة فهي موضوعات جديدة لا يوجد لها نظير في التقنين الفرنسي .

بقى أن نستعرض استعراضا سريعا أهم ما اشتمل عليه المشروع من وجوه التنقيح المختلفة، وما رسم له من الاتجاهات العامة.

اما عن وجوه التنقيح فيكفى أن أقول اجمالا أن المشروع قد أدخل موضوعات جديدة، واستوفى موضوعات ناقصة، وعالج عيوبا متفشية. ويضيق المقام عن استعراض كل ذلك، فأقتصر الأن على الملاحظات الموجزة الأثبة (أولا) تجنب المشروع ما وقع فيه التقنين الأماني من التعقيد والغموض، بأن تحاشى الفصل ما بين موضوع العقد وموضوع العمل القانوني وبذلك دلل على نزعة عملية تفضل النزعة التجريدية الفقهية التي اصطبغ بها التقنين الألماني، وخصص بابا لآثار الالتزام تجنب فيه كثيرا من أسباب التشويش والخلط مما وقعت فيه التقنينات الأخرى.

(ثانيا) استوفى المشروع موضوعات هى فى التقنين الحالى شديدة الاقتضاب على اهميتها، واصلح كثيرا من عيوب التقنين الحالى فيها. من ذلك القواعد المتعلقة بتكوين العقد، والدعوى البوليصية، والاشتراط لمصلحة الغير، والمسئولية التعاقدية، والمسئولية التقصيرية، والحراسة، والمكية الشائعة، وملكية الطبقات، ورهن الحيازة، وحق الاختصاص.

(ثالثا) رسم المشروع الخطوط الرئيسية لموضوعات هي في التقنين الحالى متناثرة في جميع نواحيه دون ترتيب او تنسيق، فجمع المشروع بين اطرافها، وعرضها جملة واحدة، بحيث يتكشف ما بين اجزائها من صلات، وما يربطها جميعا من وحدة في النظر، من ذلك موضوع الحيازة، وحقوق الارتفاق، وحقوق الامتياز، والحق في الحبس، والدفع بعدم تنفيذ العقد، والنبابة في التعاقد.

(رابعا) (وحد المشروع من الموضوعات الجديدة ما كان ينقص التغنين الحالى اشد النقص من ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين، والشخصية المعنوية، وحوالة الدين، وعقود المنعمة العامة، وعقد العمل، وعقد التنامين، وعقد الهبة، والحكر، وإيجار الوقف، والموضوعان الجديدان الجديران بأن ينوه بهما تنويها خاصا هما الافلاس المدنى وتصفية التركات ومهما اختلفت وجوه النظر في الافلاس المدنى، فلا شك في اننا جميعا نحس الحاجة الشديدة إلى قواعد تنظيم تصفية التركة، ما دمنا نسلم بعبدا الشريعة الاسلامية القاضى بألا تركة إلا بعد سداد الدين

واكتفى بهذا الإلمام السريع ، فإن كل مسألة من هذه المسائل تصلح أن تكون وحدها موضوع محاضرة كاملة . وارجو أن تتاح لى الفرصة بعد الفراغ من إعداد المذكرة الايضاحية ، أن أتناول كل هذه المسائل مسألة ، بما ينبغى من بيان واف ، في محادثات متعاقبة تنظم لهذا الفرض .

اما الاتجاهات العامة التي رسمت للمشروع، فيمكن أن نتبين منها ثلاثة:

أولها أن المشروع، من ناحية صياغته الفنية، نو نزعة مادية متخيرة. ومعنى ذلك، كما قدمنا، أنه يتخير بين النزعتين المادية والنفسية، مع ميل إلى النزعة المادية، إيثارا لاستقرار التعامل. فهو من هذه الناحية يصطبغ بصبغة عملية وأضحة، أشار إليها الأستاذ شيفالييه في المحاضرة التي القاها عن المشروع منذ عهد قريب.

والاتجاه الرئيسى الثانى ان المشروع ، من ناحية سياسته التشريعية ، يترك للقاضى حرية واسعة فى التقدير ، يواجه بها تباين الظروف فيما يعرض له من الأقضية . وهذا ادنى إلى تحقيق العدالة . فلا يحسبن احد ان القاضى الذى يحد من تقديره قواعد جامدة ، والذى تغل يده نصوص ضيقة ، بمستطيع ان يكيف الأحكام القانونية بحيث تصلح للتطبيق العادل فى الظروف المتغيرة . فهو بين أن يؤدى العدالة الحقة ، فيكسر من اغلال القانون ، أو يلتزم حدود القانون ، فلا يؤدى إلا عدالة حسابية شكلية . وقد أصبح الأن ثابتا أن القواعد القانون ية الجامدة لا تلبث أن تتكسر تحت ضغط الحاجات العملية ، وخير منها المعايير المرنة التى تتسع لما بجد من الحوادث ، وما تتكشف عنه حركة التطور الهستمر .

والاتجاه الرئيسى الأخير ان المشروع، من ناحية ما يقوم عليه من السس اجتماعية واقتصادية، إنما يجارى نزعات عصره، فلا يقف من الديمقراطية عند معناها القديم، بل يماشى ما لحق بها من تطورات عميقة، ستكون بعد الحرب الحاضرة ابعد مدى وابلغ اثرا، فالمشروع لايقدس حرية الفرد الى حد أن يضحى من اجلها مصلحة الجماعة، ولا يجعل من سلطان الارادة المحور الذى تدور عليه كل الروابط القانوبية، بل هو يوفق ما بين حرية الفرد ومصلحة الجماعة، ثم هو بين الفرد والفدد لايترك القوى يصرع الضعيف، بدعوى وجوب احترام الحرية الشخصية، فليس الفرد حراً في أن يتخذ، مما هيأته له النظم الاجتماعية والقردية من قوة، تكنة ليتعسف ويتحكم، لذلك ترون المشروع يقف الى جانب الضعيف فيحميه، كما فعل في عقود الاذعان عند ما جعل تفسير المناسلة عن شروط تعسفية محلا لتقدير القاضى، وكما فعل في

النصوص الخاصة بالإستغلال عندما أوجب على القاضي أن بتدخل لنصرة المتعاقدإذا استغلت حاجته أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه ، وكما فعل في حماية العامل عندما أحاط عقد العمل بسلسلة قوية من الضمانات تدرا عنه تعسف رب العمل. وهو الى كل هذا، وقبل كل هذا يضم مبدأ عاما ينهى فيه عن التعسف في استعمال الحق. وترون المشروع كذلك ظاهر الرفق بالمدين ، فهو يقيد من حق الدائن في التنفيذ ، ويلزمه أن يبدأ بالمال الذي يكون بيعه أقل كلفة على المدين. ويعالج عيوب حق الاختصاص، فلا يجعل هذا الحق غلا في يد المدين لا يستطيع فكاكه، بل يرسم طريقة لانقاصه ، إما بقصره على جزء من العقار الذي سبق أن رتب عليه، أو بنقله إلى عقار أخر تكون قيمته كافية لضمان الدين. ويوجب على القاضي أن يتدخل لحماية المدين المرهق، إذا طرأت حوادث استثنائية لايمكن توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي صار مرفقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، فواجب القاضى إذ ذاك أن يوازن بين مصلحة المتعاقدين، وأن ينقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. هذا الى نصوص أخرى كثيرة متناثرة في نواهي المشروع تحمى المدين وتقيه شر تعسف الدائن، وترون المشروع أخيراً يقيد من حق الملكية ، فيجعل لهذا الحق وظيفة اجتماعية لايجوز أن ينحرف عنها المالك . فهو في أول نص يعرف فيه الملكية يقرر أن لمالك الشيء ، ما دام ملتزما حدود القانون، أن يستعمله وأن ينتفع به وأن يتصرف فيه، دون أي تدخل من جانب الغير ، بشرط أن يكون ذلك متفقا مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية . ثم يورد بعد ذلك من التطبيقات ما يؤكد هذا المعنى ويقويه. فالمالك لا يجوز له أن يغلو في استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار. بل يجيز المشروع أن يتدخل الغير في انتفاع المالك بملكه ، إذا كان هذا التدخل ضروريا لتوقى ضرر هو أشد كثيرا من الضرر الذي يصيب المالك، ما دام هذا يحصل على التعويض الكافي. ويضيق المقام عن استعياب القيود التي فرضها المشروع على حق الملكية ليجعل من هذا: الحق، لا سلطانا مطلقا، بل وظيفة اجتماعية. فحيث يتعارض حق المالك مع مصلحة عامة ، بل ومع مصلحة خاصة هي أولى بالحماية ، فالمشروع يقيد من حق الملكية ، رعاية للمصالح المشروعة ، وتحقيقا لمبدأ التضامن الاجتماعي.

كل هذا دون غلو ولا اسراف فلا تزال حرية الفرد ، وسلطان الارادة ، وحقوق الدائنين ، واحترام الملكية ، محلا لنصوص كثيرة في المشروع ، تلم فيها أثرا ظاهرا للتوفيق ما بين حقوق الفرد وحقوق الجماعة ، وبذلك يكون العشروع قد سجل بأمانة ما تمخض عنه القرن العشرون من مباديء مقررة في العدل الاجتماعي ، فهو يحمل طابعا قويا من حضارة العصر مدنية الحدل.

ومدنية الجيل. هذه هي الاتجاهات العامة التي رسمت للمشروع، أجملتها في قلبل من العبارات.

والآن إيها السادة، وقد انتهيت من هذا الاستعراض السريع لما استند إليه المشروع من مصادر، ولما اشتمل عليه من وجوه التنقيح، ولما تضمنه من الاتجاهات الرئيسية، فاني أدع المشروع بين أيديكم، وهو ثمرة جهود طويلة مضنية، وصل الليل فيها بالنهار فقوموا من اعوجاجه بواسع خبرتكم، واصلحوا من عيوبه بثاقب رايكم، فإن مشروعا مترامي الأطراف كهذا المشروع لابد من أن تكون فيه مأخذ كثيرة، وقد كشفت بعضها بنفسي وأنا أضع المذكرة الأيضاحية، وأني معتمد على تمحيحكم الدقيق في كشف الباقي. ولا أشك أن مشروعا واسع المدى كمشروع المتقنين المدني، إذا كان الأفضل في انشائه أن يقوم على اكتاف عدد قليل من الرجال، فأن الأفضل في تمحيصه أن يتناوله أكبر عدد ممكن من بكون الخير في الكثرة عند النقد والتمحيص،

ايها السادة. انتم تمثلون رجال القانون في مصر. وتمثلون هذه التقاليد العالية التي بو ات مصر مكانا محترما في عالم القانون. وسيوضع المشروع في الميزان، تحت نظركم الناقد، وتمحيصكم الدفيق، وانصافكم الحق. فإن هفت موازينه، فلكم من واسع تجاربكم ما يكفل اصلاحه، حتى ترجع كفته وإن ثقلت موازينه، فمن قضائكم استقي. وبعلمكم اهتدي، وإلى تقاليبكم المجيدة يرجع ما عسى ان يكون فيه من خير. فانتم المرجع الأول والأخير في هذا التقنين الجديد، وقد قطعنا شوطا من مراحله، وتزجو بمعونة الله وبغضله مؤازرتكم أن نسير في الطريق إلى نهايته، وأن نظم ما يقي المامنا من مراحل.

و اختتم هذه المحاضرة بأن اشكر لمعالى وزير العدل كريم دعوته . وكبير عنايته بالمشروع ، واشكر لكم جميل اصغائكم ، وحسن استماعكم .

محاضرة عن واجبنا القانوني بعد المعاهدة

۳۱ ديسمبر سنة ۱۹۳۱ الدكتور عبد الرزاق السنهوري بك عميد كلبة الحقوق

سادنى:

عهد إلى أن أتحدث اليكم الليلة عن وأجبنا القانوني بعد المعاهدة، والحديث عن القانون قد يكون جافا، ولكنه حديث يتصل بالصميم من حياة الأمة. ونحن «رجال القانون» رجال صناعة لا تلذ للجمهور، ولكنها صناعة تتغلفل في الحياة الاجتماعية لتنظيم روابطها وتجمع أطرافها.

وواجبنا القانونى أيها السادة واجب متشعب النواحى. وكان من الأولى أن يحاضركم في هذا الواجب اكثر من محاضر واحد. فأنتم في حاجة إلى أن تسمعوا قاضياً ببسط لكم واجبنا في تأدية العدالة، ومحامياً يبلى اليكم بآرائه في تنظيم صناعة المحاماة، وفقيها يحاضركم في صناعة الققه وكيف ترقى في مصر لتقوم بما عليها من واجبات، ومتشرعاً يحدثكم عن التشريع وكيف ينبغي أن يكون في هذا الدور الدقيق الذي تجتازه مصر في حياتها التشريعية. أنتم في حاجة ، أيها السادة، إلى أن تسمعوا حديث هؤلاء الاربعة وغيرهم من رجال القانون. ولكن القائمين بتنظيم هذه المحاضرات اشفقوا عليكم من كل ذلك، وطلبوا إلى أن اختصر هذه العملية الشافة في محاضرة واحدة، فأنا إذن أتكلم عن القاضي وعن المحامي وعن الفقيه وعن المتشرع، غير آمن من غضب رجال القانون، يقولون فضولي يتكلم في غير اختصاصه.

١ ـ واجبنا نحو القضاء:

اما واجبنا نحو القضاء فواضع ، يجب أن يكون القضاء في مصر المستقلة كما هو في سائر بلاد العالم المتمدين قضاء موجداً متعتما بضماناته .

النظام القضائي في مصر ايها السادة يعاني كما تعلمون من امرين. اختلاف الجنسية واختلاف الدين. فبينما نجد في البلاد الراقية محكمة واحدة يتقاضي امامها الجميع لا فرق في ذلك بين وطني ولجنبي، ولا بين وآخر، نجد المحاكم في مصر متشعبة متنوعة. فالمصري في معاملاته يتقاضي امام المحكمة الأهلية، والأجنبي امام المحكمة المختلطة ثم أن المصري في أحواله الشخصية يتقاضي في بعض المسائل امام مسلماً أو أمام مجلس ملي إذا كان غير مسلم. والاجنبي بدوره لا يقف امام المحكمة المختلطة إلا في بعض معاملاته المائية. أما في البعض الأخر وفي الاحوال الشخصية وفي الجرائم المهمة فهو يتقاضي أمام طائفة من المحاكم القنصلية لكل دولة محكمتها، وهذه محاكم اجنبية تحكم في ارض مصر بقوانين غير القوانين المصرية وباسم ملك اجنبي

هذه حالة من الفوضى في النظام القضائي لا يمكن الصبر عليها بعد الأن . وإذا كانت مصر اضطرت في الماضي يحكم الظروف القاسية أن تسلم بها كارهة مرغمة ، فعصر المستقلة في عهدها الجديد تأبي إلا أن تنال استقلالها القضائي كما نالت استقلالها السياسي ، وتأبي إلا أن تمسح من صحيفة حاضرها ومستقبلها كل ضرب من ضروب الامتيازات : الامتيازات الدينية .

اما الامتيازات الأجنبية فقد كانت مجل عناية المفاوض المصرى في معاهدة الصداقة والتحالف مابين مصر وانجلترا وكان كسب مصر في هذه المعاهدة كسباً جديدا يفوق ما كسبته في جميع المفاوضات السابقة، وسينعقد قريباً مؤتمر للامتيازات الأجنبية تجلس فيه مصر إلى الدول نوات الأمتياز وتطالب باسترداد حقوقها كامئة في التشريع حتى يصبح

التشريع المصدى ساريا على الأجانب، وحتى تصبيع مصد المستقلة قادرة على تنويع الضرائب التى تجبيها من جميع السكان فيوزع العب، المالى عادلا بين الجميع، وانى أيها السادة لا استطيع أن أتصور وجود منصف ينكر على مصد فى المؤتمر القادم حقها الطبيعى فى التشريع لجميع قطان البلاد والتشريع من أهم مظاهر السيادة للدولة.

وسنطلب أيضاً إلى العرتمر القادم أن يعترف بأن المحكمة الوهيدة التى لها حق الوجود في مصر هي المحكمة المصرية ، ولا يجوز أن يوجد إلى جانب المحكمة المصرية محكمة أجنبية سواء كانت الصفة الأجنبية لهذه المحكمة صريحة كالمحكمة القنصلية أو مقنعة كالمحكمة المختلطة . إن سلطان المحاكم الأجنبية يجب أن يتقلص ظله في مصر المستقلة ولا يجوز أن تستقل مصر ويبقى القضاء فيها أجنبياً . والمحاكم القنصلية يجب أن يطوى سجلها طيا لا نشر بعده ، والمحاكم المختلطة ينبغى أن يكون مفهوما أن مصيرها القريب إلى الزوال .

وإن تفاولى عظيم بالنتائج التى سيصل إليها هذا المؤتمر فى القريب الماجل. وسنمر قبل إلفاء الامتيازات الأجنبية الفاء تاما بمرحلة انتقال أرجو الا تكون طويلة، وتبقى المحاكم المختلطة فى مرحلة الانتقال هذه ويتسع اختصاصها على أنه ينبغى أن تعصر هذه المحاكم فى الفترة التى ستبقى فيها تمصيرا فعليا . وسبيلنا إلى ذلك أمران اولهما تحديد اختصاص المحاكم المختلطة فى الفترة القائمة ، فهذه المحاكم إذا كان سيتسع اختصاصها على حساب المحاكم الفنصلية فانه ينبغى أن يضيق هذا الاختصاص لحساب المحاكم الأهلية وذلك من عدة وجوه .

الوجه الأول: تحديد معنى الأجنبي الذي يخضع للمحاكم المختلطة ، فالأجنبي الذي يخضع لهذه المحاكم في هذا الدور الجديد لا يكون الا اجنبيا تابعا لدولة من الدول التي بقيت لها امتيازات بعد الحرب الكبرى .. أما الأجانب الآخرون فيدخلون في اختصاص المحاكم الأهلية .

والوجه الثاني: تعديد الدعاوى التي تنظر فيها المحاكم المختلطة، وهذه يجب أن تكون مقصورة على الدعاوى التجارية والدعاوى المدنية المنقولة عدا ما سيضاف اليها من اختصاص المحاكم القنصلية، أما الدعاوى العقارية حتى ولو كانت ما بين أجانب فتنتقل إلى اختصاص المحاكم الأعلية لأن العقار في مصر كان خاضعاً لاختصاص المحاكم المصرية بمقتضى اصل الامتيازات، ودخوله فى اختصاص المحاكم المختلطة كان محض افتثات على اختصاص المحاكم العامة للبلاد، فيجب أن نست د هذا الحق المغتصب.

والوجه الثالث: ان نقضى بنص صريح على نظرية الصالح المختلط التى صاغتها المحاكم المختلطة لتعدى إختصاصها إلى قضايا كل المتقاضين فيها مصريون بدعوى أن هناك صالحا لأجنبى ولو من بعيد.

والوجه الرابع: أن نحتاط فنجعل المحاكم الأهلية هي المختصة في قضية جنائبة يكون المتهم فيها مصريا حتى لو كان معه متهمون غير مصريين.

وهناك الأمر الثاني لتمصير المحاكم المختلطة وهو أمر يرجع لتشكيل هذه المحاكم، وهذه مسألة على جانب عظيم من الخطر، فإن المحاكم المختلطة في وضعها الحاضر محاكم مصرية اسما أجنبية فعلا. وليس لها من المصرية إلا بعض أوضاع شكلية، والقلة من القضاة المصربين يجلسون إلى جانب كثرة من القضاة الأجانب لتكون القلة إزاء الكثرة مخفوضة الجناح مهضومة الحقوق، فرئيس كل محكمة ابتدائية اجنبي ووكيلها اجنبي ورئيس محكمة الاستئناف أجنبي ووكيلها أجنبي ورئيس كل دائرة في أية محكمة اجنبي ولا يجلس قاض منفرداً إلا إذا كان اجنبياً ولم يبق للقاضي المصرى إلا أن يكمل عدد أعضاء الدائرة ثلاثة أو خمسة حسب الأحوال، ولفة التقاضي هي اللغة الفرنسية، ويجوز أن تكون هذه اللغة هي الانجليزية أو الايطالية ، أما أن تكون العربية فهذا جائز قانونا مجرم في الواقع، وكل الاجراءات التي تقوم بها هذه المحاكم تدور بلغة اجنبية، مع أن المصالح التي تبت فيها هي في أكثرها مصالح مصرية ، ومع أن معظم المتقاضين أمام هذه المحاكم من المصريين. ينبغي أن يوضع حد لكل هذا، وينبغي أن تكون المحاكم المختلطة في فثرة الانتقال محاكم مصرية اسما وفعلا . ولا يكون ذلك إلا إذا كان عدد القضاة المصريين في كل محكمة مساويا على الأقل لعدد القضاة الأجانب وإلا إذا كانت نصف الدوائر غالبيتها من القضاة المصريين ولفتها العربية ورئيسها مصرى. هذا هو الحل الوحيد الذي يتفق مع الكرامة ومع المصلحة فإنه إذا كان يراد حقيقة أن تكون المرحلة القادمة مرحلة انتقال مؤقتة فيجب إذن أن نعد العدة من الآن لما بعد هذا الانتقال ولا يكون ذلك إلا بتمصير المحاكم المختلطة على النحو الذي قدمناه حتى يسهل بعد ذلك أن ننتقل من هذا النظام المختلط الممصر إلى نظام مصري محض في مستقبل قريب.

يبقى المامنا بعد تسوية الامتيازات الأجنبية تسوية الامتيازات الطائفية وهذه مسالة في أيدينا نستطيع معالجتها بتشريع داخلي دون حاجة إلى مفاوضة دول أجنبية ولا يحتاج الأمر إلا إلى شجاعة لمواجهة الحقائق وارادة صادقة في إصلاح قضائي شامل وقد لاح لحسن الحظ من التباشير ما يدل على أن وزارة الحقائية سائرة في هذا الطريق وأول ما تجب العبادرة إليه لتوحيد المحكمة المصرية هو ادماج المجالس الحسنية في المحاكم الأهلية .

اما مسائل الأحوال الشخصية التى لا تزال باقية فى اختصاص المحاكم الشرعية والمجالس الملية فينبغى، بعد أن نضع لها قانونا موضوعيا شاملا يكون جزءا من قانوننا المدنى، أن ننظر فى ادماجها هى ايضا فى المحاكم الأهلية ولو تدريجا ومن طريق انشاء دائرة متميزة للاحوال الشخصية إلى جانب الدائرة المدنية والدائرة الجنائية، وبذلك تصبح هناك محكمة واحدة هى المحكمة المصرية. ولا فرق عندى بين أن تنديج المحاكم الأخرى فى المحاكم الأهلية أو أن تندمج المحكمة الأهلية فى المحاكم الأخرى فالمهم هو أن تتوجد كل هذه المحاكم وتصبح محكمة مصرية واحدة ونقضى على هذه النظم الرثة البالية التى تخلفت عندنا من القرون الوسطى، والتى فرضت علينا تعدد المحاكم، تبعا لتعدد الجنسية والدين.

بقى أن أشير إلى أمر في تنظيم القضاء، بدأ لى فيه رأى غير الرأى المعمول به في الوقت الحاضر، فالطريقة التى اتبعناها في تنظيم قضائنا حتى الآن هي الطريقة اللاتينية وهي تقضى بتعدد القضاء في الدائرة الواحدة ولا يقل أعضاء الدائرة عن ثلاثة، وكل من مارس القضاء أو اتصل به يعلم أن واحداً من هؤلاء الثلاثة هو الذي يستقل غالبا بالفصل في القضايا، فتعدد القضاة في المحاكم الابتدائية على الأقل لا تتحقق منه الفائدة المقصودة من جعل الأمر شورى بين قضاة متعددين، وأولى من نلاء أن نرجع إلى نظام وحدة القاضى ويعاد النظر في تقسيم البلاد إلى

مناطق قضائية تكون كل منطقة منها أوسع من دائرة المحكمة الجزئية وأضيق من دائرة المحكمة الكلية، وينصب قاض واحد في كل منطقة يكون المسئول عن القضاء في دائرتها ويكون له اختصاص كل من المحكمة الكبرئية والكلية في منطقته ويساعده في تأدية العدالة قاض مساعد أو الجزئية والكلية في منطقته ويساعده في تأدية العدالة قاض مساعد أو مسئولا عنهم ويبقى لنفسه النظر في القضاء الهامة وفي التظلم الذي يرفع مينولا عنهم ويبقى لنفسه النظر في القضاء المساعدون طبقاً لإجراءات موضوعة ثم تتوزع مناطق القضاة على محاكم استثنافية أكثر عداً من المحكمتين الموجودتين في الوقت الحاضر. وفي الأخذ بهذه الطريقة المجكمتين الموجودتين في الوقت الحاضر. وفي الأخذ بهذه الطريقة بدلا من أن تتوزع على جملة أعضاء على هذا النحو يقربه من المتقاضين، بدلا من أن تتوزع على جملة أعضاء على هذا النحو يقربه من المتقاضين، في المنطقة ومساعدوه أقرب إلى المتقاضي من المحكمة الجزئية في الوضع الحاضر، ومحاكم الاستثناف المتعددة في المشروع المقترح أقرب إلى المتقاضين في مصر وفي اسيوط.

قدمت أيها السادة أن القضاء في مصر المستقلة يجب أن يكون قضاء موحداً متعتماً بضماناته ، وقد فرغت من الكلام في توحيد القضاء ، ويقي أن اتكلم في ضمانات القضاة ، ولا أشك في أن قضاتنا قد أظهروا منذ تنظيم القضاء على النحو الحالى كفاية ونزاهة واستقلالا ، وهم أول من يدرك أن القضاء على النحو الحالى كفاية ونزاهة واستقلالا ، وهم بعد ذلك يحق بالكفاية والنزاهة ، فلا يبقى منهم إلا الأكفاء النزهاء . وهم بعد ذلك يحق لهم أن يطلبوا ضمانا لأنفسهم كما قدموا هذا الضمان على أنفسهم . يحق أما تعيين القضاة أن يطلبوا ضمانات كافية في تعيينهم ونقلهم وترقيتهم وعزلهم . أما تعيين القضاة أن يدخل أي اعتبار غير هذين الاعتبارين في تعيين القضاة ولايكفي أن توضع القاعدة بل الواجب أن توضع طريقة محددة تكفل حسن تطبيق القاعدة ويكون من شأنها الا يدخل في زمرة القضاة إلا من كان المصلحة العمل وبطريقة تكفل المساواة فيما بين القضاة ، والترقية م والترقية والنقلة ، والترقية أما العمل وبطريقة تكفل المساواة فيما بين القضاة ، والترقية والترفية والترقية والترقية والترقية والترفية والترقية والترقية والترفية والترفية والترفية والترفية والترفية والتوقية والترفية المعل وبطريقة تكفل المساواة فيما بين القضاة ، والترقية والترفية المعلوة والترفية والترفية

لاتكون إلا للكفاية والعران وبطريقة تجعل القاضى في مامن من التأثر بسخط السلطة التنفيذية أو برضاها، ويجب اخيراً أن يتمتع القاضى باستقلال كامل فى تأدية واجباته النقيقة، ولايتم له استقلاله إلا إذا كان أمر عزله غير منوط بالسلطة التنفيذية وهذا هو شأن القضاء الراقى فى العالم المتمدين.

٢ - واجبنا نحو المحاماة

ونترك القضاء بعد ما قدمناه في شأنه لننتقل إلى المحاماة، وقضية المحاماة أيها السادة قضية مستعصية المل، فالمحامون قبل غيرهم يشكون من تضخم عدد المشتغلين بالمحاماة ونزول مستواهم، وقد اهتم كثيرون بالبحث عن علاج لهذا الداء، وأخر علاج اقترح هو إغلاق جدول المحامين. ولا أعتقد أن هذا العلاج شأف بل هو من قبيل عمليات البتر الجراحية التي يلجأ إليها الطبيب عند ما تعييه العيل، وليس من العدل ولا من المصلحة أن يفلق باب المحاماة في وجوه الأكفاء سنين عدة والمحاماة مناعة حرة قوامها المنافسة والنضال، وخير من إغلاق باب المحاماة مناعة حدة المناعة على اسس جديدة تقتضيها الضرورات العامة مان شد ما يشكو منه المحامون أمور ثلاثة.

أولا - كثرة عدد المشتغلين بالمحاماة وتوقع ازدياد عددهم زيادة كبيرة في كل عام .

ثانيا ـ عدم تنظيم الأعمال في المحاماة تنظيما يتلاءم مع طبيعتها مع تشعب هذه الأعمال المتنوعة المتباينة.

ثالثا ـ المشقة التي يقاسيها المبتدئون في المحاماة عند التعرين، إذ يترك كل مبتدىء يعاني صعاب المحاماة دون مرشد إلى أن يصل به الأمر غالباً إلى احد سيئين: إما أن تضعف عزيمته فيهجر المحاماة بعد أن يبأس من النجاح فيها، وإما أن يسلك للنجاح طريقا ملتوية لا تتفق مع كرامة المحاماة. واقدم لكم ما عن لي في كل آمر من هذه الأمور الثلاثة، أما أدياد عدد المشتقلين بالمحاماة وتوقع اطراد هذه الزيادة في كل عام، فقطر حقيقي يجب النظر في تلافيه، ولابد من أن تعالج المسائة من

أساسها ، وعندى أن السبيل إلى ذلك هو أن يحدد لكل دائرة قضائية عدد من المحامين يكفي للقيام بأعمال المحامّاة في هذه الدائرة دون أن يقاسي المحامي من كثرة العدد إلا المنافسة المشروعة وما يترتب عليها من بقاء الأصلح، وسبيلنا في تحديد هذا العدد هو الاحصاء، فنحصى قضايا الدائرة لعدة سنوات خلت ونبنى تحديد العدد اللازم على هذا الحساب ونجيز مراجعة مقتضيات العمل، ومتى تم تحديد عدد المجامين في كل دائرة قضائية الزمنا كل مجام أن يسجل اسمه في دائرة واحدة فيتوزع المحامون على هذه الدوائر المختلفة توزيعاً أقرب إلى مقتضيات العمل وجاجاته من التوزيع الحاضر، ويرحل كثير من محامي المدن إلى الأرياف حيث لايزال ميدان العمل متسعاً وأعتقد أنه متى عدل توزيع المحامين على المناطق القضائية على النحو المتقدم نجد أن كثيراً من المناطق لايزال غير. كامل العدد، فهذه الأمكنة الخالبة التي لم تملأ مضافاً إليها الأمكنة التي تخلو من المحامين الذين يعتزلون العمل (وعندي أن من الواجب تنظيم طريقة لاحالة المحامى بالمعاش) هي الأمكنة التي تعرض على من أتم تمرينه من المحامين الناشئين يشغلونها بعد مسابقة تجرى فيما بينهم، ويشغلونها بالدور حسب ترتيبهم في هذه المسابقة بهذه الطريقة نكفل وقوف المحامين عبد العدد الذي تقتضيه حاجة العمل مع فتع الباب للكفاية، وقصر السحاماة على الأصلح.

أما تنظيم أعمال المحاماة المتشعبة فأمر ضرورى، والمحامى في مصر يجمع بين وظائف ثلاث. هو محام مترافع، وهو محامى إجراءات، وهر مرثق للعقود. وهذه الوظائف الثلاث منفصلة في البلاد الأخرى بعضها عن البعض الآخر، وفي فرنسا المحامى المترافع Avocat غير محامي الاجراءات Avocat غير موثق العقود Notaire وأرى الخير أن يفصل عندنا ما بين هذه الوظائف الثلاث فيتسع مجال العمل أمام المحامين ويتخصص كل في العمل الذي أعدته له كفايته الطبيعية. وعندى أنه ينبغي أن يراعي هذا التخصص في الدرساة القانونية، وأن تنشأ في كلية الحقوق السام مختلفة لتخريج المشتغلين بكل وظيفة بهذه الوظائف.

بقى تنظيم التمرين للمحامين الناشئين. وأحب أن تدركوا جميعا ما سِاور المحامى الناشىء من القلق. وما يكتنفه من المصاعب، وهو بجتاز أول دور من ادوار المحاماة، وهو التمرين، يتقدم إلى ميدان لايعرفه، وليس لديه من سلاح بناضل به في هذا الميدان. تنقصه الخبرة العملية. وهو لم يتلق في دراسته ، ولا يستطيع أن يتلقى إلا أسسا نظرية لا تفيده كثيرا في هذا الدور الأول، ويترك إلى رحمة المحامين الذين سبقوه الى المحاماة بستغل ولا يؤجر . وعندى أن تنظيم التمرين ضروري لصناعة المحاماة، لاسيما إذا حدد عدد المحامين على الوجه الذي قدمناه وأرى أن يفرض على كل محام قديم أن يأخذ عدداً من الناشئين يقضون فترة التمرين في مكتبه ، بشروط يلزم بها الطرفان ، وأن ينشأ مكتب عام والانتداب ، فتتاح الفرصة لكثير ممن لايجدون مكانا للتمرين في أحد المكاتب أن يقضوا فترة التمرين في هذا المكتب بشروط معقولة وبطريقة منظمة تكفل لهم التوفر على المران اللازم والاستعداد الكافي للتقدم إلى المحامين .

هذه هي الآراء التي عنت لي لتنظيم المحاماة على أسس جديدة، أبسطها بسطا سريعا فان المقام لا يتسع للافاضة والأسهاب، على أن تكون هذه المسالة الخطيرة موضوع دراسة عميقة في وقت قريب فان المحاماة في حاجة إلى إصلاح شامل علجل.

وأنتقل من المجاماة إلى الفقه ودراسة القانون.

٣_ واجبنا نحو الفقه ودراسة القانون

وهنا يبدو معهد الحقوق نقطة الارتكاز في هذا البحث، ويحسن أن نشير هنا إلى مسالتين : أولاهما واجب كلية الحقوق نحو تدريس القانون، وعلى أي اساس يرتكز هذا التدريس، المسألة الثانية واجب الفقهاء عامة نحو الفقه القانوني.

اما تدريس القانون في مصر فنواجه فيه مسالة نقيقة. هل نعتبر هذا التدريس تدريساً علمياً التدريس تدريساً علمياً التدريس تدريساً علمياً فقهيا يزود الطالب بثقافة قانونية عامة ؟ وعندي أن تدريس القانون يجب أن يكون علميا في مرحلته الأولى، عملياً في مرحلته الثانية. ويمكن اعتبار كلية الحقوق كلية للثقافة من ناحية، وكلية لتعليم الحرفة من ناحيه

أخرى . وإذا كان الغالب أن يدرس الطالب القانون ليتخذه حرفة له إلا أن هذا لايمنع من أنه يدرسه أيضا ليتثقف فأن الثقافة القانونية أصبحت ضرورية في المدنية التي نعيش فيها ، لاسيما بعد أن تقدمت الديمقراطية في مصر ، وأصبح كل مصرى مطالبا بأن يعني بشؤون بلاده العامة في عهد الاستقلال. أما الحاجة العملية فأول ما يقع فيها من الواجبات على الكلية هو أن تعد أساتذة للقانون، فأن المكانة العلمية للكلية تقدر بقيمة أساتنتها . واسمحوا لي أن أشير في هذا المقام إلى الجهود القيمة التي يبنلها أساتذة القانون في خدمة العلم، وإلى الشجاعة العظيمة التي يلقون بها ما يلحق بهم من التضعيات المادية ليتوفروا على القيام بواجباتهم. على أن الكلية في عهد الاستقلال تدرك ما ألقي على عاتقها من تبعات. وهي في سبيل تكوين طائفة من خيرة الشباب المتخرجين ليكونوا أساتذة للقانون في المستقبل. ولا ينبغي أن تقتصر كلية الحقوق في جهوده الطمية على دائرة المناهج الرسمية فام أمامها واجبات خطيرة في ميادين النشاط العلمي. عليها أن تنشىء إلى جانب القصول الرسمية معاهد ذات صبغة علمية محضة ، وأن تنظم محاضرات عامة للثقافة القانونية ، وأن تساهم في المؤتمرات العلمية العالمية ، وإن تتبادل الأساتذة والطلاب مع الجامعات الكبرى. وعليها بعد كل هذا وفوق كل هذا أن تقف جانبا من نشاطها العلمي على البلاد العربية الشقيقة، فإن هذه البلاد تتطلع إلى مصر في نهضتها العلمية، ولمصر عندها مكانة كبيرة يعرفها كل من اختلط بأهل هذه البلاد . فكلية الحقوق وهي أكبر معهد قانوني في البلاد العربية تحمل بحكم هذا المركز تبعات جسيمة نحو هذه البلاد . ويسرني أن أقرر أن كليتنا قد سارت بعض خطوات في هذا الطريق فتعاونت منذ العام الماضي مع معهد قانوني من أكبر المعاهد العربية هو كلية الحقوق ببغداد، وإني أهيى من فوق هذا المنبر هو لاء الأساتذة المصريين الذين أوفدوا في العام الماضي وفي هذا العام ليتعاونوا مم أساتذة القانون في العراق لتدريس العلوم غانونية والاقتصادية في معهد المقوق ببغداد، كما أحيى الطلبة العراقيين أعضاء البعثة المقوقية الذين أوفدتهم المكومة العراقية هذا العام إلى كلية الحقوق بمصر ليدرسواالقانون فيها وليكونوا في المستقبل أساتذة القانون في العراق. وإني موقن أن من أهم واجبات كلية الحقوق بمصر أن تتعاون مع المعاهد القانونية فى البلاد العربية الأغرى تعاونها مع معهد القانون فى العراق .

هذا هو الجانب العلمى من دراسة القانون. اما الجانب العملى فمتشعب تشعب الحياة العملية ، وكلية الحقوق تعنى بهذه الناحية عنايتها بالناحية العلمية ، ففيها معاهد عملية يتخصص فيها الطالب لدراسة العلوم الجنائية والعلوم الاقتصادية والعلوم العالية وسيكون بها قريباً معاهد للتخصص فى العلوم السياسية والعلوم الادارية ، واود بهذه المناسبة لو تتاح الفرصة لأساتذة القانون أن يتصلوا عن قرب بالحياة العملية بطريقة أو بأخرى فأن الناحية العملية لايجوز اغفالها فى تكوين استاذ

بقيت وأجياتنا نحو الفقه القانوني وأول واجباتنا في هذا المبدان هو تمصير الفقه، لا أشك في أن مصر تقدمت في الفقه تقدماً كبيراً بفضل جهود الأعلام من فقائها . وقديدت تباشير النهضة الفقهية في مصر منذ أصبحت دراسة القانون باللغة العربية ، فتناول الفقهاء المصربون كل فرع من فروع القانون وشرحوه إيجازاً وتطويلا، وساهم رجال القضاء في هذه النهضة الفقهية بنصيب. على أن نهضتنا الفقهية يشويها عيب جوهري، فنحن في جهودنا الفقهية مقلدون ولم نجاوز التقليد الي الاجتهاد، وفي الحق ليس هذا عيباً إنما هو دور طبيعي من أدوار النهضة الفقهية ، بل هو أول أدوارها فقد كان طبيعيا وقوانيننا مأخوذة بجملتها من القوانين الفرنسية والفقه الفرنسي في الأوج من نهضته وازدهاره أن يتجه فقهارُنا إلى هذا الفقه فينقلوه كما هو أو ينقلوه بعد تحوير قليل، أما في هذا العهد الحديد عهد الاستقلال فالواجب أن نستقل بفقهنا فلا نبقي عيالًا على الفقه الفرنسي، ولست أربد بذلك أن نباعد ما بيننا وبين الفقه الغربي فنحن لانزال في أشد الحاجة الى هذا الفقه إنما أريد أن ننظر الى هذا الفقه بعقولنا وإن نستوعيه ونقف على أسراره حتى نتمكن من أن نضيف اليه شبئاً حديداً مبتكراً من عندنا فيرى العالم فقهاً مصرياً كماراى فقهاً فرنسيا وفقها المانياً، ونساهم بذلك في حركة الفقه العالمية . وإرى أن غير الوسائل للوصول إلى هذه الدرجة من الاجتهاد هو أن نعمد إلى مخلفات أجدادنا الأقدمين وتراث أسلافنا الزاهرة بالقوى

الصلب من المباديء الفقهية، فنحن أنها السادة أمة فقه قديم، وقد أظلت سماء هذه البلاد مدى قرون طويلة شريعة من اقوى الشرائع نظاماً وأصليها عوداً هي الشريعة الاسلامية، فما بالنا نتنكر لها اليوم وقد وسعت في الماضي امبراطورية من أكبر وأضخم الامبراطوريات التي يعرفها العالم، الشريعة الاسلامية بشهادة فقهاء الغرب أنفسهم من أكبر الشرائم العالمية ولم يعرف العالم شريعة أوسم انتشاراً وأرسخ اساساً إلى حانب الشريعتين الرومانية والانجليزية مثل الشريعة الإسلامية ، فما بال الغربب يعرف هذا الفضل و نحن ننكره ، وما بال هذه الكنوز تبقى مغمورة في بطون الكتب الصفراء ونحن في غفلة عنها نتطفل على موائد الغير ونتسقط فضلات الطعام، فمهمتنا في الفقه أيها السادة ليست إذن عسير وليس علينا أن نخلق في هذه المرحلة التي نجتازها فقها جديدا، فقهنا القديم موجود، وعلينا أن نأخذ في دراسة الشريعة الإسلامية طبقاً للأساليب الجديدة وأن نقارن بينها وبين شرائع الغرب وإنى زعيم لكم بأن تجدوا في ذخائر الشريعة الاسلامية من المباديء والنظريات ما لا يقل في رقى الصياغة وفي احكام الصنعة عن أحدث المباديء والنظريات واكثرها تقدما في الفقه الغربي ، ومتى ثمت لنا دراسة الشريعة الإسلامية ومقار نتها بالشرائع الغربية على هذا الأسلوب الجديد امكننا أن نطالع العالم بفقه مصرى له طابعه الخاص وله مقوماته وادلته الذاتية، فإن الشريعة الاسلامية هي شريعة الشرق ووحي احكامه ومتى الفنا بينها وبين الشرائع الغربية فروح من الشرق وقبس من نوره يضيء طريقنا للمساهمة في نهضة الفقه العالمية.

٤ _ واجبنا نحو التشريع:

وراجبنا نحو الفقه يوحى إلينا بواجبنا نحو التشريع وهذه هى المسالة الأخيرة التي اتناولها في هذه المحاضرة ، واقول هنا ايضا انه كما يجب ان نستقل بقشريعنا . نحن مقبلون على دور خطير من ادوار التشريع في تاريخ مصر ، فها هي ذي اللجان المختلفة قد شكلتها وزارة الحقانية لمراجعة شتى القوانين المصرية ، ونحن نستقبل عصراً في التشريع يقرب في النشاط من العصر الذي انشئت فيه المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية ونظمت فيه المحاكم الشرعية ، فقد كان ذلك

العصر في الربع الأخير من القرن التاسع عشر مظهر نشاط عظيم في التقنين، فوضعت فيه التقنينات المصرية من مختلطة وشرعية وأهلية. واليوم نشعر أن الوقت قد حان لمراجعة ما وضعناه من تقنينات منذ أكثر من نصف قرن، فهل نسير اليوم كما سرنا بالأمس نستعير قوانين مشوهة محرفة من بعض القوانين الغربية فتجيء على هذا القدر الفاضح من القمور والغوض والنقص؟

إن مصر المستقلة أيها السادة في حاجة إلى قانون مستقل لا يكون مجرد صورة مشوهة من القوانين الغربية والقانون المدنى بنوع خاص يجب أن يكون قانوناً موحداً كاملاً . موحداً يطبق على المصريين والأجانب وكاملا يشمل الأحكام الخاصة بالمعاملات والأحكام الخاصة بالأحوال الشخصية . إذا قضى علينا أن نستمر حقبة من الزمن خاضعين لنظام يغرض علينا تعدد المحكمة فلا أقل من أن نصل منذ الآن إلى نظام يكفل لنا وحدة القانون .

ونحن في مراجعتنا للقانون الدني مراجعة شاملة عامة نستطيع ان نستهدى بتجاربنا الخاصة نتلمسها في قضاء محاكمنا وهو قضاء تكون وتدعم في أكثر من نصف قرن، ونستطيع أن نهتدى بنماذج من التشريع الحديث دون أن نتقيد بتشريع معين بل نختار من التشريعات اللاتينية والتشريعات الجرمانية وغيرها من التشريعات الغربية الأخرى ما يتفق مع تقاليدنا القانونية، وما يتمشى مع مزاج الأمة وما يسد حاجتها المتنوعة.

والأمر الجوهرى هو الا نكرر الخطأ الذى وقعنا فيه فى القرن الماضى، فنقصى الشريعة الاسلامية من بين المصادر التى نكثر من الرجوع إليها، فالشريعة الاسلامية كما رايتم مصدر خصب لتشريع يوضع لبلاد شرقية عربية، وليس فى اتخاذها مصدرا ما يتنافر مع صلتنا الوثيقة بالتشريعات الغربية. ومن اليسير التوفيق بين مبادىء هذه التشريعات ومبادىء الشريعة الاسلامية، فلا يجوز أن يعترض علينا ونحن فى سبيل المفاء الأمتيازات الأجنبية بأننا سنأتى للاجانب بتشريع يتنافر مع تشريعاتهم التى القوها، بل أن هناك من مبادىء الشريعة الاسلامية مالو ادخل فى القانون المصرى لعد متقدما من هذه الناحية على الشرائع الغربية.

والذي يدعوني إلى التشديد في وجوب الرجوع إلى الشريعة الاسلامية عند مراجعة تشريعنا المصرى اعتباران: اعتبار علمي فني ، واعتبار وطني قومي . فالاعتبار العلمي الفني قد نستمده من خلال ما تقدمت به اليكم من رقي الشريعة الاسلامية وصلاحيتها لأن تكون أساسا لنهضة عالية في الفقه والتشريع . أما الاعتبار الوطني القومي فاقف عنده قليلا .

تعلمون إيها السادة ان مصر الآن في مفترق الطرق فهي بين الشرق والغرب يتنازعها الجانبان وهي بعد ان استقلت ينبغي ان ترسم لنفسها غطة تسير عليها . هل هي تريد ان تميل إلى جانب الغرب وان تستعير المدنية الغربية فتلبس ثوبا غير ثوبها ، وتقلد مدنية غير مدنيتها فتبقى متفلفة عمن تقلده وتقنع من كل نلك بالانتماء إلى المدينة الغربية ذات الصولة والباس . ام هي تريد أن ترجع إلى اهضان الشرق دون أن تجافي المدنية الغربية وتحتل مكانها بين البلاد العربية فترفع لواء الشرق العربي بين امم الغرب فإذا مصر المستقلة وحولها أمم يغضبون إذا رضيت ؟

إذا كنتم تؤثرون الأمر الثانى وانتم لا شك تؤثرونه فلنرجع فى ثقافتنا القانونية إلى الفقه الاسلامى ولنجعل من هذا الفقه صلة بيننا وبين سائر الأمم العربية ، ولنوثق روابطنا بهذه الأمم ، فنحن أمة شرقية ولنا ماض مجيد فى زعامة الشرق ، فمن الخير أن نصل حاضرنا بماضينا وأن نتعاون مع جيراننا الأقربين ونحن اخوانهم فى اللغة والدم.

ابها السادة. اننا نحمل تبعات جسيمة فى هذا العهد الجديد، فالاستقلال مسئولية قبل أن يكون حرية، وله تكاليف بجب أن نضطلع بأعبائها، ولا شك فى اننا أمة أثبتت أنها تصلح للبقاء ولها أن تعلمح إلى مكان الزعامة، فليكن شعارنا فى هذا العهد الجديد هو الاستقلال لنكسب استقلالنا فى كل شىء، ولقد كسبناه فى السياسة، فلنكسبه أيضا فى القضاء وفى القفه وفى التشريع.

مقدمة كتاب الامتيازات الأجنبية

تتضمن

بحثاً تحليلياً في المقترحات البريطانية المعروضة على مصر بشان الامتيازات

بقام الدكتور عبد الرزاق احمد السنهورى استاذ مساعد بكلية الحقوق

مقدمة الكتاب

احسنت لجنة التأليف والترجمة والنشر في أن تضم الى مجموعتها القيمة كتاباً في الامتيازات الأجنبية ، وأحسن مؤلف هذا الكتاب في معالجة موضوع من الموضوعات الحيوية التي تؤثر في حياة مصر الاجتماعية والاقتصادية ، وأحسن كل من اللجنة والمؤلف في اختيار هذا الظرف لنشر هذا الكتاب القيم ، فحديث الامتيازات الأجنبية جدير أن يشغل كل مفكر في هذا البلد ، لاسيما في الوقت الحاضر والمقترحات البريطانية معروضة على البرلمان المصرى، وتعديل نظام الامتيازات الأجنبية مسالة من المسائل الأساسية في هذه المقترحات .

ولست أتردد في أن أقدم لجمهور القراء هذا الكتاب الجدير بالعناية ، بعد أن بذل المؤلف في كتابته مجهوداً موفقاً ، استطاع من ورائه أن يبسط لأبناء وطنه ، بعبارة طلية شيقة ، ما هي هذه الامتيازات التي يتمتع بها الأجانب في مصر من عهد قديم ، وما نشأ عن هذه الامتيازات ، أو بالأولى عن التعسف في استعمال هذه الامتيازات ، والتوسع فيها توسعاً يتناقض مع المعاهدات والعرف الدولى ، من الاضرار بمصالح مصر القضائية والقتصادية ، وما أدت اليه من انتقاص لسيادة الدولة المصرية ، وأخلال بعيزان المساواة بين المصريين والأجانب . فبعد أن كان الأصل أن صاحب اللهذ يمتاز على الأجنبي ، انقلبت الآية في مصر ، وأصبح الأجنبي هو المصرى هو الذي ينادي بوجوب المساواة وبين الأجنبي .

وقد بين المؤلف بوضوح أن استناد الامتيازات الأجنبية ألى العادات المرعية و بجانب المعاهدات الدولية لا أساس له في القانون وإنما هو كما يقول ونتيجة الأمر الواقع المبنى على التحكم من جانب الغربيين، وعلى التفريط والاهمال من الجانب المصرى و.

ونكر بأسهاب جميع الأدوار التي مرت بها محاولات الخديوي اسماعيل ووزيره نوبار لتعديل نظام هذه الامتيازات تعديلا يجعلها ألال اجحافاً بمصالح الدولة المصرية والرعايا المصريين، حتى انتهت هذه المحاولات الى انشاء المحاكم المختلطة، وكان دقيقاً في بيان الاخطاء التي ارتكيتها مصر في فترة المفاوضات، وان كنا نرى ان هذه والأخطاء الحبر عليها المتفاوضون المصريون من جراء تشدد الدول، لاسيما الدولة الفرنسية، في التمسك بامتيازاتها، ولم يكن لدى مصر في ذلك الحين من القوة ما تستطيع به أن تلزم الدول الحجة، وتقنعها بعدالة تجنب هذه الأخطاء فهي مهما كانت عظيمة وفائها قضت على جزء عظيم من اسباب الفوضى القضائية بمصر، ووضعت اساساً قرياً لعدالة محترمة كان لها فضل كبير في قيام صرح البلاد الاقتصادي ببعث الثقة في نفوس المتداملين الأجانب قبل المصريين على

ثم أشار المؤلف الى موقف انجلترا أزاء الامتيازات الأجنبية بعد احتلالها للبلاد، فبين كيف أنها لم تقف فى سبيل هذه الامتيازات، بل تركتها تقوى وتنمو، وذلك خشية أن تثير مخاوف الدول، لاسيما فرنسا، وحتى تتجنب احتجاج هذه الدول على الاحتلال غير الشرعى. وذلك إلى أن وقعت الاتفاقية المشهورة بين انجلترا وفرنسا سنة ١٩٠٤. وهنا تعقب المؤلف المشروعات المتوالية التي حاولت انجلترا أن تعدل بها نظام الامتيازات الأجنبية في مصر منذ ذلك الحين، على أساس تركيز هذه الامتيازات في يدها وحدها دون غيرها من الدول.

فبدا يبسط آراء اللورد كرومر ، وهي تتلخض في انشاء هيئة مختلطة قليلة العدد من المصريين والأجانب ، تعرض عليها القوانين المراد بها ان تسرى علي الأجانب ، ولا تكون قرارات هذه الهيئة نافذة الا بعد تصديق المكومتين المصرية والانجليزية . ثم اشار إشارة موجزة الى مشروع السير برونيات ، وكنا نود لو الم بهذا المشروع بعض الالمام ، كما فعل في المشروعات الأخرى ، حتى يكون الكتاب وافيا من هذه الناحية .

وتناول بعد ذلك مشروع سير سسل هرست، ولاحظ أن هذا المشروع قد ربط مسالة تعديل الامتيازات الأجنبية بمسالة تسوية العلاقات بين مصر وانجلترا . والمؤلف لا يوافق على ربط المسالتين احداهما بالأخرى ، ويرى في ذلك تعطيلا لحل مسالة الامتيازات ، ووسيلة تتذرع بها انجلترا لحصر ما ثورًع بين الدول في يدها . ثم نظر بعد ذلك في محتوياتالمشروع . ويخيل الينا أنه لم يرجع في نلك الى النصوص الأصلية، بل اعتمد على المحاضرة القيمة التى القاها الأستاذ عبد العزيز فهمى باشا في نقد المشروع وبيان عيوبه، وسنشير الى هذه المحاضرة فعما طي:

واشار بعد ذلك الى النصوص المتعلقة بالامتيازات الأجنبية في مشروع اللورد كرزون. وانتقل منها الى مشروع ثروت. شامبرلان، وقد أقاض في ذكر ماورد في هذا المشروع خاصا بالامتيازات، ونقل ذلك عن مصادره الأصلية. وحسنا فعل، فأن هذا المشروع يعتبر بحق الأساس الذي بنيت عليه المقترحات الحالية. وقد أشار المؤلف الى هذه المقترحات كأخر حلقة من السلسلة، وعلق عليها تعليقا موجزا، ومن رايه أنه إذا نفذت كان ذلك من شأنه أن يزيد النفوذ البريطاني فيما يتعلق بالقضاء والتشريع بمصر.

وقبل أن نكمل متابعة المؤلف، نوجه نظر القادىء الى أهمية المقترحات الحالية في الظروف الحاضرة ومصر على باب المفاوضة مع انجلترا لتسوية العلاقات بين البلدين، وقد رأينا أن ننتهز هذه الفرصة لبحث هذه المقترحات في الجزء الخاص منها بالامتيازات ، فخصصنا لذلك القسم الثاني من المقدمة ، ونزعنا في التحليل والنقد نزعة تختلف بعض الشيء عن نزعة الكتاب ، فاقتصرنا على الناحية القانونية حتى نضم بذلك مجهودنا الى مجهود المؤلف، وترخينا أن نشير بشيء من النفصيل الى العيوب التي رأينا أن نوجه اليها نظر المفاوض المصدى ، حتى يعمل على اصلاحها ، في مفاوضته مع انجلترا أولا ، ثم في مفاوضته مع الدول على بحث هذه الموضوع الخطير في دوره الحاضر بحثا فنيا عمليا ، يساعد المفاوض المصري على اداء مهمته الشاقة في مرحلتها .

وقد ختم المؤلف الكتاب بفصل عقده لبيان ما يحيق بمصر من الأضرار من جراء نظام الامتيازات، فوصف الى أى حد يقف هذا النظام عتبة فى سبيل الاصلاح المالى والاجتماعى فى هذه البلاد، بسبب جمود نظام الضرائب.

ثم اتى على امثلة من جهود مصر فى الوقت الأخير للتحرر من قيود الامتيازات، فأشار الى مشروع تعديل الرسوم الجمركية، والاتفاق الذي

تم مع المانيا في سنة ١٩٢٥ ، والمذكرة المصرية التي أرسلها المرحوم تروت باشا للدول في سنة ١٩٢٧ ، والمعاهدة التي عقدت مع ايران في سِنة ١٩٢٨ ، وتعديل نص المادة ١٥ من لائحة ترتب المحاكم الأهلية . وللمؤلف في نهاية كتابه اقتراحات سديدة ، فهو يشير على الحكومة بأن تتبع نظام التدرج التصاعدي في ضريبة العقار ، وبأن تضم ضريبة الخفر الى الضريبة العقارية. ثم يعود فيشير بضرورة فصل مسألة الامتبازات عن مسألة تسوية العلاقات بين مصر وانجلترا، ويرى أن في الإمكان تهديد الدول التي لا توافق على تعديل نظام الامتيازات بعدم تجديد اتفاقية المحاكم المختلطة بالنسبة لرعاياها ، والرجوع الى نظام المحاكم القنصلية كما كان مطبقاً قبل انشاء المحاكم المختلطة ، ونحن لانرى في هذا الاقتراح شيئاً خيالياً، بل قد خطر لنا ذلك الأمر قبل أن نقرأه في الكتاب، وقلبناه على وجوهه، قالفيناه غير بعيد عن أن يكون اقتراحاً عملياً منتجاً ، لاسيما إذا نظر اليه لا باعتبار أنه سينفذ فعلا ، بل على أنه سيكون وسيلة لتهديد الدول التي تقف في سبيل اصلاح نظام الامتيازات، وهذه سوف لاتصر على موقفها طويلاً ، متى وقفت مصر وقفة الحزم في ذلك. وقد تقدمنا بهذا الاقتراح نفسه الى الحكومة المصرية كما سيتبين للقارىء فيما يلى.

ومن مزايا الكتاب أنه مكتوب للجمهور ، فلم يتبسط المؤلف في درس المسائل القانونية الجافة دراسة فنية ، بل أشار إليها مبسطاً آياها بقدر الامكان ، هتى يقر بها إلى فهم من لم يتوفر على دراسة القانون ، والغرض الأول من الكتاب هو نشر الدعوة بحق ضد نظام الامتيازات الأجنبية ، لذلك نرى في أسلوب المؤلف شيئاً من حدة التحمس والغيرة ، هي طبيعية في المهجة مصرى يبسط وجهة النظر المصرية في مسالة كمسالة الامتيازات كانت باباً مفتوحاً لاعتداءات متكررة من جانب الدول نوات الامتيازات على حقوق المصريين وسيادة الدولة المصرية ، والنقد فيه سليم وقوى ، وتنظم فيه الناجية التاريخية والسياسية ، وهي الناحية الجذابة التي تجعل القارئء يقبل على قراءة الكتاب فلا يدعه حتى يتمه . لذلك يحق لذا أن نبسط الرجاء في أن يحدث نشر هذا الكتاب أثره الطبيب في نفوس القراء في وقت هم أشد ما يكونون حاجة إلى الالمام بهذه المسائة ، عند ما توضع قريباً موضم البحث الدقيق في المفاوضات الدهباة .

وخلاصة القول أن كتاب والامتيازات الأجنبية وقد سد فراغاً حقيقياً بين المؤلفات باللغة الغربية ، ولا أعلم أن اللغة العربية رزقت في هذا الموضوع قبل هذا الكتاب إلا بكتاب المرحوم عمر بك لطفى ، ولكنه كتاب صغير قدم عليه العهد ، ولا يغنى عن كتاب تبسط في بحث الموضوع ، وتناوله من نواح متعددة ، وجمع شتات ما تفرق منه ، ووصل فيه الماضى بالحاضر ، كالكتاب الذي يسرنى أن اقدمه اليوم إلى القراء .

_ Y _

ننتقل الأن إلى بحث المقترحات البريطانية المعروضة على مصر ، فيما يتعلق منها بالامتيازات الأجنبية.

جاء في الفقرة السادسة من هذه المقترحات: «تعترف حكومة جلالته البريطانية بأن تبعة المحافظة على أرواح الاجانب في مصر وأملاكهم تقع من الآن فصناعدا على عاتق الحكومة المصرية ، ويتكفل جلالة ملك مصر بتنفيذ تعهداته بهذا الشأن ».

وجاء في الفقرة الحادية عشرة: «يعترف جلالة ملك بريطانيا العظمي
بأن نظام الامتيازات القائم في مصر لا يلائم روح العصر ولا حالة مصر
الحاضرة، وعليه فان جلالته البريطانية يتمهد ببنل كل ماله من نفوذ لدي
الدول ذوات الامتيازات في مصر لنقل اختصاص المحاكم القنصلية الحالي
الى المحاكم المختلطة، وتطبيق التشريع المصرى على الأجانب بشروط
تضمن مصالحهم المشروعة ».

وجاء في احدى المذكرات البريطانية المرفقة بالمقترحات ما يأتي:

ا من المفيد أن أبين لدولتكم الخطة التي ارى من الممكن أن يجرى
عليها أصلاح نظام الامتيازات، إذ ساكون مستعدا لتأبيد مساعى الحكومة
المصرية لعقد اتفاقات مع الدول على أساس هذه الخطة، متى بدىء بتنفيذ
المعاهدة المبنية على هذه الاقتراحات. في سنة ١٩٢٠، بينما كانت
المفاوضات دائرة بين الحكومتين البريطانية والمصرية، كان يرجى وضع
التدابير لتلفى الدول الأجنبية محاكمها القنصلية في مصر، وعليه تم أعداد
مشروعات قوانين، في تلك السنة لتوسيم اختصاص المحاكم المختلطة،

بحيث يشمل الاختصاص الحالى للمحاكم القنصلية، وسأكون مستعدا للاتفاق على اعتبار مشروعات تلك القوانين أساسا لأصلاح الامتيازات، أذا رضيت الدول الأجنبية بنقل اختصاص المحاكم القنصلية الى المحاكم المختلطة. أما فيما يتعلق بالتفاصيل فلاشك أن الحاجة ستدعو ألى تغييرات كثيرة ، وهذه يجب أن يبحث فيها الخبراء . على أن هنالك بعض تعديلات اعتقد انها ستكون ضرورية على اي حال، وأنا أرغب أن أنتهز هذه الفرصة لانكرها لدولتكم: قد يصعب على بعض الدول أن ترضى بنقل جميع قضايا رعاياها الخاصة بالأحوال الشخصية الى المحاكم المختلطة ، فنقلها في هذه الحالة يجب أن يكون اختياريا، والاختصاص في هذه الأمور يجب أن يظل للسلطات القنصلية، إلا إذا تم الاتفاق بين الحكومة المصرية والحكومة الأجنبية ذات الشأن على نقل ذلك الاختصاص الى المحاكم المختلطة، وأننى أتوقع الاتفاق على أن تخول المحاكم المختلطة الاختصاص في هذه الشؤون فيما يتعلق بالرعايا البريطانيين. أما في حالة العفو أو التخفيف من عقوبة صادرة على الأجانب وفي حالة تنفيذ حكم الاعدام فيهم، فأن وزير الحقانية يستشير المستشار القضائي مادام هذا الموظف باقيا ، وذلك قبل تقديم مشورته الى الملكِّ . اننى اعترف بأن الأحوال التي تطبق فيها الامتيازات في الوقت الحاضر ، فيما يتعلق بسلطة الحكومة المصرية في سن قوانين تسرى على الأجانب أو فرض ضرائب عليهم، لاتتفق مم الأحوال الحاضرة. وسأكون مستعدا للاتفاق على أن تقوم الجمعية العمومية للمجاكم المختلطة في المستقبل بأبداء كل موافقة لازمة لتطبيق التشريم المصرى ومن ضمنه التشريم المالي على الأجانب الافى حالة التشريع الغاص بتشكيل المحاكم المختلطة وتحديد اختصاصها فأنه لاينفذ الا بموافقة الدول عليه، ويكون على الجمعية العمومية للمحاكم المختلطة أن تتثبت من أن التشريم المشار إليه لايناقض المباديء التي يجرى العمل بموجبها عادة في التشريع الحديث الذي يسرى على الأجانب، وأنه فيما يتعلق بوجه خاص بأي تشريع ذي صفة مالية لايوجد تمييز غير عادل ضد الأجانب بما فيهم الشركات الأجنبية. وأن توسيع اختصاص المحاكم المختلطة الجنائي يستلزم اعداد وتنفيذ قانون جديد لتحقيق الجنايات، وفي مشروعات القوانين التي أعدت في

سنة ١٩٢٠ بعض نصوص مهمة خاصة بقانون تحقيق الجنايات (انظر المواد ١٠ ـ ٢٧ من القانون رقم . . . الصادر في ١٨ أبريل سنة ١٩٢٠) ولاشك أن دولتكم توافقونني على أن قانون العقوبات الجديد يجب ألا يحيد عن المبادىء المقررة بتلك المواد. وهنالك بضع مسائل لابد فيها من الوصول الى اتفاق بين الحكومة المصرية وحكومة جلالته البريطانية بالمملكة المتحدة ، على أننى لا أعتقد أن من اللازم عمل أي شيء في الوقت الحاضر اكثر من مجرد ذكر هذه المسائل، قاما الأولى فهي تعريف كلمة « أجنبي » فيما يتعلق بالتوسيم المقترح الختصاص المحاكم المختلطة . انني أفهم من كلام دولتكم أن القوانين التي تنفذها المحاكم الأهلية بمصر في الوقت الحاضر تجعل جميع الأشخاص المقيمين بمصر خاضعين للمجاكم الأهلية، ماعدا أولئك الذبن يخرجون من اختصاصها أما بحكم قانون أو عرف أو معاهدة ، فأنا أقبل هذا المبدأ ، بشرط أن يكون مفهوما أن جميع الأجانب الذين كانوا يتمتعون بنظام الامتيازات فيما مضى يصبحون خاضعين لاختصاص المحاكم المختلطة، بقطع النظر عن تغييرات السيادة القومية التي طرات بعد حرب سنة ١٩١٤ ـ ١٩١٨ ، وأما الثانية فهى زيادة موظفى المحاكم المختلطة زيادة سيستلزمها توسيع اختصاصها واغتصاص وظيفة النائب العمومي الجديدة للمحاكم المختلطة والموظفين الذبن ستدعو الحاجة اليهم لتمكينه من القيام بتلك الواجبات على وجه يدعو إلى الارتباح، ويؤخذ رأي المستشار القضائي مادام باقيا بشأن تعيين القضاة الأجانب في المحاكم المختلطة ، وتعيين رجال النيابة الأجانب أذا لزمه.

يوُخذ من المنكرة البريطانية . (اولا) أن مسألة الامتيازات لا يبعث في تفاصيلها ، ولا يتفاوض مع الدول الأجنبية بشأنها ، الا متى بدىء بتنفيذ المماهدة المبنية على الاقتراحات المعروضة (ثانياً) عندما يعين الوقت للمفاوضة في هذه المسألة ، ستجرى هذه المفاوضة مع الدول على اساس مشروعات سنة ١٩٢٠ (فالشاً) أن هذه المشروعات قابلة للتعديل فيما يتطق بالتفاصيل ، وسيترك الأمر في هذا للخبراء (رابعاً) هناك

بعض التعديلات يقترح من الآن الاتفاق عليها بين انجلترا ومصر ، تمهيدا لحمل الدول على الموافقة عليها فيما يعد، وهي :

 (١) أن يكون نقل مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالأجانب الى اختصاص المحاكم المختلطة اختياريا.

 (٢) أن يؤخذ رأى المستشار القضائي في العقو أو التخفيف من عقوبة صادرة على أجنبي، وفي تنفيذ حكم الإعدام..

(٣) أن تحل الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة محل الدول في الموافقة على التشريع الذي يسرى على الأجانب، على ان يكون سلطانها في ذلك مقيداً بحدود معينة، سواء كان ذلك بالنسبة للتشريع المعتاد أو بالنسبة للتشريع المالى، وعلى ان تحتفظ الدول بحق الموافقة على أي تعديل في تشكيل المحاكم المختلطة وتعديد اختصاصها.

 (٤) أن يحتفظ بمبادىء معينة فى قانون تحقيق الجنايات قررت فى مشروعات سنة ١٩٣٠ (م ١٠- ٢٧ من القانون نمرة ٢).

(٥) الا يتوسع في تفسير كلمة «أجنبي» على نحو مخصوص.

 (٦) أن يرُخذ رأى المستشار القضائي بشأن تعيين القضاة ورجال النيابة الأجانب.

ونحن في التعليق على ما تقدم نبداً بكلمة عن مشروعات سنة ١٩٢٠ التي ستتخذ اساساً للمفاوضات، ثم ننكر المبادىء التي بنيت عليها هذه المشروعات، ونقرنها بما ادخل عليها من التعديلات بمقتضى الاقتراحات المعروضة على مصر الآن.

مشروعات قوانين سنة ١٩٢٠ هي ثلاثة مشروعات وضعها السير سسل هرست احد أعضاء لجنة مئنر، ونشرت في مجلة مصر العصرية (Egypte غيرة مدر العصرية ١٩٢٠ نمرة ٥٠) وفي جازيت المحاكم المختلطة (Gazette des Tribunaux Mixtes d'Egypte) عدد ١٩٣٠ (الصادر في ١٠ يرنيه سنة ١٩٢٠)، وقد شكلت لجنة من رجال القضاء المختلط والجاليات الأجنبية فحصت هذه المشروعات، وابدت ما عن لها من الملاحظات عليها، وقد ألمجت بعض هذه الملاحظات في المشروعات نفسها، وتحن نصر هذه المشروعات كما هي واردة في جازيت المحاكم المختلطة.

وهي تضع قواعد لاصلاح الامتيازات الأجنبية ، على اساس أن ينقل للمحاكم المختلطة اختصاصات المحاكم القنصلية ، في المسائل المدنية والتجارية ، والمسائل المدنية ، والمسائل الفائل المدنية ، والمسائل الفائل المدنية ، ومنى نلك الفاء المحاكم القنصلية ، وتوسيع اختصاص المحاكم المختلطة توسيعاً كبيراً . والناظر الى هذه المشروعات لا يسعه الا أن يلاحظ أنها رجوع لما سبق أن اقترحه نوبار باشا في سنة ١٨٦٧ ، ولم ترد الدول نوات الامتيازات أن تجيبه في نلك الوقت الى كل ما اقترح ، واكتفت بأن تعد بتوسيع الاختصاص الجنائي الذي سمحت باعطائه للمحاكم المختلطة ، وكان المفهوم أن يكون تنفيذ هذا الوعد بعد إنقضاء سنة من انشاء هذه المحاكم ، وها قد مضى على انشائها أكثر من نصف قرن ولما ينفذ الوعد على أن اقتراحات نوبار سنة ١٨٦٧ كانت من بعض الوجوه افضل لمصر مما نتضمنه هذه المشروعات .

والمشروع الأول خُلَّس باعادة ترتيب المحاكم المختلطة على قاعدة جديدة ، مع توسيع اختصاصها . والمشروع الثاني يتضمن تعيين التشريع الذي تطبقه المحاكم الجديدة . والمشروع الثالث يتعلق بموظفى هذه المحاكم ، والنظام الداخلي فيها .

وقد جاء في المنكرة الأيضاحية لهذه المشروعات انها قد وضعت على اعتبار أن الدول الأجنبية تكون، قبل نفاذ هذه القوانين، قد أبرمت اتفاقاً مع بريطانيا العظمى على الفاء المحاكم القنصلية، كما أنه من المغروض ايضاً أن تكون الدول قد اعترفت في هذه الاتفاقات بما لبريطانيا العظمى من مركز خاص في مصر، وخولتها السلبلة اللازمة لقيامها على الوجه المرضى بالواجبات التي يغرضها عليها مركزها الخاص، سواء نحو مصر، أو نحو الأجانب المقيمين في مصر، وأن الحاص، سواء نحو مصر، وأن بريطانيا العظمى والدول زوات الامتيازات تحصل باتفاقات تعقد بين بريطانيا العظمى، تمنحها بمقتضاها الحقوق التي تلزم لتمكينها من تقديم بريطانيا العظمى، تمنحها بمقتضاها الحقوق التي تلزم لتمكينها من تقديم عن الحقوق المخولة لها بمقتضى الامتيازات (أنظر مشروع ملنر) ومعنى عن الحقوق المخولة لها بمقتضى الامتيازات (أنظر مشروع ملنر) ومعنى نلك أن انجلترا هي التي تتعاقد عن مصر مع الدول نوات الامتيازات، وهي مصر.

وقد أحسن المرحوم ثروت باشا بحمل الحكومة الانجليزية على العدول عن هذه النظرية الخطرة ، والرجوع إلى الطريق الطبيعى ، بأن تعقد الاتفاقات التي تعدل من نظام الامتيازات الأجنبية راساً بين مصر والدول فوات الشان ، بما فيهن انجلترا نفسها . وقد أخذت المقترحات المعروضة الآن على مصر بهذه النظرية السديدة ، إذ جاء في المذكرة البريطانية التي سبقت الاشارة إليها ما يأتى : وإذ سأكون مستعداً لتأييد مساعى الحكومة المصرية لعقد اتفاقات مع الدول ، على أساس هذه الخطة ، لذلك يكون من المسلم به الآن أن تعديل نظام الامتيازات الأجنبية يحصل بمفاوضات تعور راساً بين مصر والدول الأجنبية ، واتفاقات تعقد مباشرة من الجانبين ، أما انجلترا فلا تتعاقد مع مصر على الما باعتبار أنها (أي انجلترا) دولة ذات امتيازات ، ثم هي تبذل كل ما لها من نفوذ لدى الدول الأخرى ذوات الامتيازات حتى تحملها على عقد اتفاقات مماثلة مع مصر ايضاً .

ولكن يلاحظ أن المقترحات البريطانية ، إذا كانت قد أرضت مصر من هذه الوجهة ، قد أجحفت بحقها من وجهة أخرى ، إذ نصت الفقرة السادسة من هذه المقترحات على أنه «تعترف حكومة جلالته البريطانية بأن تبعة المحافظة على ليواح الأجانب في مصر وأملاكهم تقع من الآن على عاتق الحكومة المصرية ، ويتكفل جلالة ملك مصر بتنفيذ تعهداته بهذا الشأن ».

وهذه الفقرة كانت في الأصل موضوعة بالصورة الآتية: «يعترف الطرفان المتعاقدان بأن المسئولية عن حماية ارواح الأجانب واملاكهم في مصر تقع منذ الآن على عاتق الحكومة المصرية، ويتخذ صاحب الجلالة ملك مصر كل التدابير والوسائل اللازمة لضمان تنفيذ واجباته في هذا الصدد».

وقد جاء فى الكتاب الأخضر لرئيس الوزراء الأسبق (محمد محمود باشا) بشأن هذه المادة اما يأتى: « آخذ على هذه المادة انها تكلف مصر الاعتراف بأنها وحدها المسئولة عن ارواح الاجانب واموالهم، وهو امر لم تزل تلح فى المطالبة به، وتذكر أن يكون الحال فيه على غير ما قضت به المادة. وإذا كان أحد جديراً بأن ينفرد بهذا الاعتراف، فهو الذي

سيتحول حاله بهذا الحكم، ويطرح عن كاهله ماكان قد تطوع في احتماله. كذلك أخذ على جزئها الأخير أن الأصل في حماية أرواح الأجانب وأموال السكان قاطبة، بل الحق أن حماية الأرواح والأموال ليست إلا حكم البلاد حكما عادلا منظما، وهو شأن كل بلد يزعم لنفسه حق المشاركة في الحياة الدولية، ويعتد لنفسه بمثل ما لمصر من العدة، فليس لهذه المادة مفهوم غير أن الأمر رد إلى نصابه الطبيعي، ودخلت حماية الأجانب في عموم ما في ذمة الحكومة المصرية وعنقها من حماية سكان البلاد . إذا يكون الكلام في اتخاذ التدابير اللازمة، لتحقيق تنفيذ تعهدات مصر في هذا الصدد، أخراجا للمسألة عن وضعها الحقيقي، فضلا عن أنه يخشى تأويله على أنه يجمل سبيلا للتدخل في الأدارة المصرية، في سكونها وحركتها، كلما عن لبريطانيا رأى فيما يجب اتخاذه من التدبير لحماية أرواح الأجانب وأموالهم لا تكون الحكومة المصرية قائله به ، أو عاملة المهد هذف المسادة المسادة المحارية المصرية الشادة ، ومجرد تأكيد بصورة أخرى للمعنى المستفاد من الشق الأول من المادة ، ومجرد تأكيد وقطع عهد بان سيجرى حكم البلاد بطريقة عادلة منظمة ه

ولكننا نقول أنه رغما من الاحتياط الشديد الذي لخذ به نفسه المفاوض المصرى، لا يزال النصر، حتى في وضعه النهائي، محلا للنقد. فهو يجعل مسئولية مصر عن حماية المصالح الأجنبية موضوع تعاقد بين انجلترا ومصر. بل ويشدد الجزء الأخير من هذه المادة في معنى صفة الالتزام التعاقدي، إذ ينص على أنه يتكفل جلالة ملك مصر بتنفيذ تعهداته بهذا الشأن، حتى اصبح اللورد بارمور مصبيا في تفسيره لهذه المادة في مجلس اللوردات البريطاني عند ما صرح بما يأتي: ووالظاهر أن المادة السادسة من مقترحات المعاهدة قد أسيء فهمها، فإذا لم يقم ملك مصر بتعهده بأنه يكون مسئولا عن حماية أرواح الأجانب وأموالهم، كان ذلك أخلالاً بشروط المعاهدة، يحتم على الحكومة البريطانية أن تهتم إذ الجمل مصر على القيام بههودها حق القيام؛ (أنظر جريدة ذلك بحمل مصر على القيام بدهودها حق القيام؛ (أنظر جريدة

مع ان الذي يجب تقريره في هذا المندد هو أن تكون مسئولية مصر عن المصالح الأجنبية غير مستمدة من أي التزام تعاقدي، بل تقع هذه المسئولية على مصر بحكم أنها دولة لها حق السيادة في شوونها الداخلية والخارجية ، أما إذا كنا نسلم بتعاقد مصر مع أنجلترا بشأن هذه المسئولية ، كان معنى هذا أن مصر تصبح مسئولة أمام انجلترا عن حماية المصالح الأجنبية .

قد تكون انطترا أصبحت، بحكم أعلانها الحماية على مصر في سنة ١٩١٤ ، مسئولة عن حماية المصالح الأجنبية في هذه البلاد ، وقد تكون استبقت هذه المسئولية بموجب التحفظ الثالث من تصريح ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ . ولكنها بالمقترحات التي تقدمها لمصر الأن لم تفعل في هذا الشأن اكثر من أن تعرض على مصر أن تحل هذه محلها في حماية هذه المصالح، على أن تكون مستولة أمامها عن ذلك. مم أن الوضع الطبيعي للامور ـ إذا أريد الغاء كل أثر للحماية ـ أن تكون مصر مسئولة عن حماية المصالح الأجنبية امام الدول الأجنبية ذاتها ، دون وساطة انجلترا بين الطرفين، حتى تنتقى شبهة الحماية، وحتى لا يصبح لانجلترا مجال للتدخل في الشؤون المصرية، بدعوى أن مصر مسئولة امامها عن حماية الأجانب. وفي راينا انه يحسن ان يستبدل بالفقرة السادسة من المقترحات نص كالأتي: وتتخلى حكومة جلالته البريطانية عما اخذته على نفسها من تبعة المحافظة على ارواح الأجانب في مصر واملاكهم ، وتعترف بان هذه التبعة تقع على عائق الحكومة المصرية ، التي هي مسئولة مباشرة أمام الدول ذوات الشان عن ذلك ، .

بعد هذه الكلمة الوجيزة، ننتقل إلى بيان التعديلات التي يراد الخالها في نظام الامتيازات الأجنبية، ونؤثر أن نرتب البحث في هذه التعديلات، بتوزيعها على سلطات الدولة الثلاث: التشريع والقضاء والادارة.

أولاً - التشريع

تنص المادة الأولى من المشروع نمرة ٢ من مشروعات سنة ١٩٢٠ على أن المحاكم المختلطة تطبق قانوني النظام القضائي رقم ١ ورقم ٣ سنة ١٩٢٠ (اى المشروعين الأول والثالث)، وكذلك احكام هذا القانون (اى المشروع الثانى)، وتطبق مع مراعاة هذه الأحكام التشريع الآتى: (1) القانون المدنى والقانون التجارى والقانون البحرى للمحاكم المختلطة مع التعديلات التى الخلت عليها وقت نفاذ هذا القانون (ب) القانون الجنائى المختلط الصائر به القانون رقم سنة ١٩٤٠. (ج.) كل تشريع مصرى آخر معمول به وقت نفاذ هذه القوانين بقدر ما كانت المحاكم المختلطة تطبق هذا التشريع (د.) كل تشريع مصرى يصدر في المستقبل، ومع ذلك، ففي حالة تشريع لم يكن معكناً إلى الأن العمل به بدون موافقة الدول أو الجمعية التشريعية التي انشاتها المادة ١٧ من المنتقبل موافقة الدول أو الجمعية التشريعية التي انشاتها المادة ١٧ من المنتقبل موافقة المندوب السامى على هذا التشريع حتى يمكن تطبيقه في المحاكم المختلطة (ه.) كل تشريع يوافق المندوب السامى على تطبيقه في المحاكم المختلطة (ه.) كل تشريع يوافق المندوب السامى على تطبيقه في تطبيقه في تطبيقه ألم المختلطة (والظاهر أن المقصود بهذه العبارة أن المندوب السامى يختار من التشريعات الأجنبية للأحوال الشخصية ما يصلح أن تطبقه المحاكم المختلطة في هذه الدائرة).

هذا ما كان معروضاً على مصدر في سنة ١٩٢٠، ومنه يتبين أن سلطة المندوب السامي في الموافقة على القوانين، وفي اختيار القوانين التي تطبقها المحاكم المختلطة، وهي سلطة قررتها المادة الأولى التي نحن بصددها، تجعل من هذا المندوب مشرعاً إلى جانب المشرع المصدري، بل تجعله دكتاتوراً يستعمل هذه السلطة وحدة فيوقف بها تطبيق القوانين التي تقررها الهيئات التشريعية المصدرية على الأجانب، ثم يستعملها وحده ايضاً فيشرع للأجانب دون أن تشترك معه في ذلك الهيئات التشريعية المصدرية.

هذه السلطة الدكتاتورية لم تتمسك بها المقترحات البريطانية المعروضة الأن على مصر(١) وقد استعيض عنها بسلطة الجمعية العمومية للمحاكم المختلطة، في حدود معينة، إذ جاء في المذكرة البريطانية التي الشرنا

⁽١) لم تتخل الحكومة البريطانية عن هذه السلطة الدكتاتورية لعنتلها في مصد في المفاوضات الاولى . ولم يتغير مركزها في هذا الشأن إلا منذ مفاوضات المرهوم ثروت باشا مع السر اوستن شامبرلان . فالمشروع الذي نتج من هذه المفاوضات يتضمن ميزتين حصلت عليهما مصد لأول مرة . الميزة الأولى هي أن يكون تعديل

إليها من قبل: ووساكون مستعداً للاتفاق على أن تقوم الجمعية العمومية للمحاكم المختلطة في المستقبل بابداء كل موافقة لازمة لتطبيق التشريع المالي، على الأجانب، إلا في حالة التشريع المالي، على الأجانب، إلا في حالة التشريع الخاص بتشكيل المحاكم المختلطة وتحديد اختصاصها فإنه لا ينفذ إلا بموافقة الدول عليه، ويكون على الجمعية العمومية للمحاكم المختلطة أن تتثبت من أن التشريع المشار إليه لا يناقض المبادي، التي يجري العمل بموجبها عادة في التشريع الحديث الذي يسري على الأجانب، وأنه، فيما يتعلق بوجه خاص بأي تشريع دي صفة مالية، لا يوجد تمييز غير عادل ضد الأجانب، بما فيهم الشركات الأجنبية».

وقد جاء في خطبة لرئيس الوزارة الأسبق (محمد محمود باشا)،
تعليقا على هذه المسالة، ما يأتي: دفيما يتعلق بسريان التشريع على
الأجانب، ويدخل في ذلك الضرائب، تقبل (الحكومة البريطانية) ان يحل
محل موافقة الدول موافقة الجمعية العمومية للمحكمة المختلطة. على ان
هذه الموافقة لن تكون مشاركة في توجيه الامور العامة، وتدخلا في
تكييف الأعمال التشريعية وتنظيم الضرائب، وإنما تنحصر مهمة تلك
الجمعية العمومية في الاستيثاق من أن الأجانب لا يصبيهم بذلك التشريع
حيف، أو يعاملون بسببه على غير ما يعامل به الاجانب في البلاد
الأخرى، ومن حسن الحظ أن جمعية الأمم تشتغل بأعداد اتفاق دولى عام،
يرسم القواعد العامة لمعاملة الاجانب في الشؤون المختلفة، فيستكون مهمة
ليرسم القواعد العامة لمعاملة الاجانب في الشؤون المختلفة، فيستكون مهمة
الجمعية العمومية، بحسب المشروع الحالى، النظر فيما يعرض عليها من
المسطس سنة ١٩٧٩).

التمنيازات الأجنبية بموجب اتفاقات تعقد راسا بين مصر والدول ذوات الشان، وقد اشرن إلى ذلك فيها نقدم. والميزة الثانية هي الا يكون لممثل بريطانيا دخل في التشريع الذي يسرى على الأجانب، وتبقى الجمعية الشريعية المحاكم المختلطة قائمة بمهمتها من التصديق على القوانين التي يراد سريانها على الاجانب، على أن يحصر هذا الاشراف في مدود ضيقة، وعلى أن تدخل التشريعات المائمة ضمن التشريعات الاخراء وهذا نفس ما تعرضه علينا المقترحات الحالية. ونلاحظ بهذه المناسبة ان مضروع شامبرلان- شروت هو الاساس الذي بنيت عليه المقترحات الحالية، وبنوع غطرى ما يتعلق منها بمسالة الامتيازات الاجنبية.

إذاً لا يكون لعمثل بريطانيا في مصر شأن في سريان التشريع المصرى على الأجانب، وتبقى الجمعية التشريعية للمحاكم المختلطة قائمة بمهمتها من التصديق على كل تشريع تريد الحكومة المصرية تطبيقه على الأجانب، نقول وتبقى و لأن المقترحات البريطانية لم تأت بجديد فيما التي يراد سريانها على الأجانب، فهذه الجمعية مختصة الأن بذلك بمقتضى المادة الثانية عشرة من القانون المدنى المختلط، وعلى ذلك لا يكون دقيقا المادة الثانية عشرة من القانون المدنى المختلط، وعلى ذلك لا يكون دقيقا أن يحل محل موافقة الدول موافقة الجمعية العمومية للمحكمة المختلطة والمحيات الدول ذوات الامتيازات، هذا الأمر منذ سنة ١٩٩١، فيما يتعلق بالتشريعات المعتادة، المفيا يتعلق بالتشريعات المعتادة، المفيا من المحكمة المختلطة وتحديد الما فهذا تشترط فيه موافقة الدول، حتى بمقتضى المقترحات المعروضة علينا الأن . فلا جديد إذاً من هذه الناحية . وإنما الجديد امران:

- (١) ادخل التشريع المالي (اي فرض الضرائب) الذي يسرى على الأجانب ضمن التشريعات التي يكتفى فيها بموافقة الجمعية التشريعية للمحاكم المختلطة ،وهذا ما تشترط فيه الدول نوات الامتيازات الآن موافقة كل دولة منها عليه ، ولا تقنم بموافقة الجمعية التشريعية .
- (٢) حددت مهمة الجمعية التشريعية تحديداً ضيقاً ، فلا يجوز لها عدم الموافقة على تشريع لا يناقض المبادئ التي يجرى العمل بموجبها عادة في التشريع الحديث الذي يسرى على الأجانب ، وفيما يتعلق بوجه خاص باى تشريع ذى صفة مالية ، لايوجد تمييزا غير عادل ضد الأجانب ، بما يفهم الشركات الأجنبة .

هاتان خطوتان نرى ان فيهما تقدماً محسوساً على الحالة التي نحن فيها الآن، ولكنهما في نظرنا لاتكفيان، لمصر أن تطلب أكثر من هذا، دون أن يعد ذلك منها تطرفاً، وعندنا أنه يجب تقسيم التشريع الذي يسرى على الأجانب في مصر إلى ثلاثة أقسام:

قسم يسرى على الأجانب بمجرد صدوره من الهيئات التشريعية المصيرية، بلا جاجة الى (ي إجراء آخر، وهو: (١) القوانين الخاصة بعقار في مصر، سواء أكانت قوانين مالية
 (تقرر ضرائب عقارية) أم غير مالية:

(٢) لوائح البوليس.

وقسم يسرى على الأجانب بعد صدوره من الهيئات التشريعية المصرية، بشرط أن يعرض على الجمعية التشريعية للمحاكم المختلطة للموافقة عليه، وهذه هى القوانين المدنية والتجارية، والجنائية، وقوانين المرافعات وتحقيق الجنايات، وكل تشريع آخر مالى أو غير مالى عدا التشريع الخاص بتشكيل المحاكم المختلطة وتحديد اختصاصها.

وهذا هو القسم الثالث، الذي لابد فيه من موافقة الدول، تحت رقابة هيئة دولية كمحكمة لاهاي.

ولنفصل الآن ما أجملناه.

القسم الأول: القوانين العقارية ولوائح البوليس:

نبدأ بالقوانين العقارية . وتلاحظ بشأنها أن الإمتيازات الأجنبية . لاتسوغ مطلقاً اعتداء الدول على سيادة مصر في هذا الأمن فللحكومة المصرية ، حتى بمقتضى هذه الامتبازات ، سن قوانين خاصة بالعقارات في مصر ، تسرى على الأجانب سريانها على المصريين ، دون الرجوع إلى الدول أو إلى أية هيئة أخرى غير الهيئة التشريعية المصرية. فلقد كانت الأجانب ممنوعين من تملك العقارات بمصر بمقتضى القوانين الأساسية للدولة العلية. وإذا كان يعض ولاة مصر سمحوا لنعض الأجانب بتملك عقارات في الديار المصرية ، كما حصل هذا في عهد محمد على وفي عهد سعيد، فلم يكن ذلك إلا من قبيل التسامح لتشجيع الأجانب على الاقامة في مصر ، وكان هذا مخالفاً على كل حال للقوانين الأساسية للدولة العلية التي تقددت مصر بعدم مخالفتها . ولا عبرة بما يتمسك به الأجانب في مصر من أنهم تملكوا أراضي مصرية قبل أن يسمح للأجانب في الدولة العلية يتملك العقارات، وإنهم أحروا على هذه الأراضي حكم الامتيازات الأجنبية وجعلوها خاضعة لمحاكم القنصلية، فإن هذه الفترة الوحيزة التي اقطعتهم فيها ولاة مصر الأراضي تشجيعاً لهم لا يصح أن تنشىء عادة أو عرفاً مرعياً يعطيهم من الحقوق ما لاتقره المعاهدات المكتوبة، وما يتناقض مع القوانين الأساسية. والصحيح أن الأجانب لم يجز لهم

قانوناً تملك العقارات في مصر إلا على أساس فرمان سنة ١٨٦٧ ، الذي إجاز الأجانب في الدولة العلية .. وتبعاً في مصر تملك العقارات . واليك أهم نصوص هذا الفرمان :

المادة الأولى: للأجانب أن يتمتعوا، كالرعاي العثمانيين وبدون شرط آخر، بحق ملكية العقارات، سواء كانت فى المبن أو فى الأرياف، فى جميع نواحى الامبراطورية العثمانية عدا ولاية الحجاز، وذلك بأن يخضعوا للقوانين واللوائح التى يخضع لها الرعايا العثمانيون على النحو

المادة الشائية: الأجانب الملاك لعقارات في المدن أو في الأرياف يتماثلون بناء على ذلك بالرعايا العثمانيين في كل ما يختص بعقاراتهم، ويترتب قانونا على هذا التماثل ما يأتى: (١) أن يخضعوا لجميع القوانين ولوائح البوليس والبلديات التي تسرى الآن أو ستسرى في المستقبل على حق استغلال الملكية العقارية وانتقالها والتصرف فيها ورهنها. (٢) أن يدفعوا جميع التكاليف والضرائب، التي تجبى في المستقبل، على العقارات في المدن أو في الارياف. تحت أي شكل كانت، وبأي اسم سميت.

فانت ترى من ذلك أن أمتلاك الأجانب لعقارات في بلاد الدولة العلية وتبعا في مصر - اشترط فيه أن تخضع الأجانب لجميع القوانين ولوائح
البوليس والبلديات التي تسرى ، أو التي يمكن أن تسرى في المستقبل ، على
العقارات من حيث الانتفاع بها أو انتقالها والتصرف فيها أو رهنها ،
واشترط أيضا أن يدفعوا جميع الضرائب العقارية ، تحت أى شكل كانت
وبأى اسم سميت ، وقد قبلت الدول هذا الفرمان واعتبرته معاهدة دولية .
ولم يكن الا اعتداء من الأجانب على حقوق مصر امتناعهم في أول الأمر
عن دفع ضريبة البناء ، ولم يكن إلا سوء تصرف وضعفا من الحكومة
المصرية في مفاوضة الدول في أمر هذه الضريبة ، فتسجل بذلك على
ضريبة الخفر ، والصحيح أن التشريع المصرى يسرى على الأجانب كما
يسرى على المصريين ، فيما يتعلق بالعقار وبالضرائب العقارية ، بلا
حاجة إلى مفاوضة الدول ، بل بلا حاجة إلى مصادقة الجمعية التشريعية

المحاكم المختلطة . فيجب أن ينص صديحا على رجوع هذا الدق لنا ، فأن اغتصابه منا خرق لنفس الامتيازات الأجنبية التى تحتج بها الاجانب على المناوري تقرير هذا المبدأ ، لأن القوانين التى تسرى على العقار تكاد تكون كلها من النظام العام وتهم الدولة في اهم مقوماتها ، وهي الأرض ، فمن الواجب أن تكون مصر حرة في تشريعها الخاص بالارض المصرية ، ولو كان اجنبي هو المالك لهذه الأرض . كما أنه يجب ايضا أن تكون المحاكم الأهلية في المختصة بنظر جميع القضايا العقارية ، ولو كان المتقاضون كلهم اجانب ، ولو كان هولاء الأجانب من المقارية ، ولو كان المتقاضون كلهم اجانب ، ولو كان هولاء الأجانب من إلى نصابه ، ورجوع عن الافتئات على السلطة الشرعية للبلاد ، واقرار للامر على وجوهها الصحيحة ، طبقا لما تقتضيه المبادىء القانونية المعترف بها في الوقت الحاضر بين كل الأمم المتدينة .

اما من حيث لوائح البوليس، فقد كان لعصر حق سن هذه اللوائح، وكانت تسرى على الأجانب، وذلك قبل وجود المحاكم المختلطة نفسها . ولما أنشئت هذه المحاكم تأيد هذا الحق بنص المادة العاشرة من القانون المدني المختلط، وبنص المادتين ٣٣٠ و ٣٤٠ من القانون الجنائي المختلط كل هذه النصوص متضافرة على أن للحكومة المصرية سن لوائح للبوليس تسرى على الأجانب بشرط الا تزيد العقوبة فيها على المخالفة . ولم يكن الامحض اعتداء من المحاكم المختلطة أن تشترط موافقة جمعيتها التشريعية على اللوائح الجديدة التي تصدرها الحكومة المصرية ، مستندة التساء خطأ إلى المادة ١٢ من القانون المدني المختلط، ولم يكن ، هنا ايضا ، ولا سوء تصرف وضعفا من الحكومة المصرية ، أن تفاوض الدول في شأن هذه اللوائح ، وتصدر دكريتو ٣٦ يناير سنة ١٨٨٩ تحدد فيه من سلطتها في سن لوائح البوليس ، وتقصر هذه السلطة على لوائح معينة بقيود معينة انظر في ذلك , p.p. 212—228

والصحيح قانونا أن للحكومة المصرية أن تسن أوائع البوليس، وتسرى هذه اللوائع على الاجانب سريانها على المصريين، بدون حاجة إلى موافقة الجمعية التشريعية للمحاكم المختلطة، ويجب أن نتفاوض مع الدول ذوات الامتيازات على هذا الأساس، حتى نسترد أيضا هذا الحق المقتصد.

القسم الثانى: التشريعات الاخرى غير التشريع الذي يحدد تشكيل المحاكم المختلطة واختصاصها

أهم هذه القوانين هي القوانين المدنية، والتجارية، والجنائية، وقوانين الأجراءات، والضرائب غير العقارية. وقد تبين مما تقدم من نصوص المقترحات أن الشأن في هذه التشريعات أن تسرى على الأجانب، على شرط أن توافق عليها الجمعية العمومية للمحاكم المختلطة، ولا يصح لهذه الجمعية أن تمتنع من الموافقة ما دامت هذه التشريعات لا تناقض المبادىء التي يجرى العمل بموجبها عادة في التشريع الحديث الذي يسرى على الاجانب، وما دامت الضرائب لا توجد تمييزاً غير عادل ضد الأجانب بما فيهم الشركات الاجنبية.

ونحن نوافق على هذا المبدأ. إلا أننا نلاحظ أن المقترحات لا تجعل مجالا للتحكيم إذا اختلفت وجهة نظر الحكومة المصرية عن رأى الجمعية العمومية للمحاكم المختلطة ، بل يكون راي هذه الهيئة نهائياً ، فتوقف أي تشريع ترى خطأ أو صواباً له يناقض مبادىء التشريع الحديث، أويقرر ضربية مجحفة بالأجانب، وذلك يظهر بالرجوع إلى الكتاب الأخضر لرئيس الوزارة الأسبق، فمنه يتبين أن الفقرة الحادية عشرة من المقترحات، التي أثبتنا نصها فيما تقدم، صيغت في أول الأمر بالصورة الآتية : ؛ يعترف الطرفان المتعاقدان بأن نظام الامتيازات القائم بمصر الأن أصبح لا بلائم روح العصر والجالة الحاضرة لمصر ، ويناء عليه يتعهد صاحب الحلالة البريطانية مأن يستخدم كل ما له من نفوذ لدى الدول ذوات الامتيازات في مصر للحصول، بالشروط التي تؤمن المصالح المشروعة للأجانب، على نقل إختصاص المحاكم القنصلية إلى المحاكم المختلطة وعلى تطبيق التشريع المصرى على الاجانب. ويتعهد جلالة ملك مصر من جانبه بالأتسن قوانين مجحفة بالأجانب في مسألة الضرائب أو لا تتفق مع مبادىء التشريع العام لجميع الدول ذوات الامتيازات، ويبين الكتاب الأخضر كيف عدلت هذه المادة حتى صيغت في صورتها الحالية ، فيقرر ما يأتي: واخذ على الفقرة الأولى أن مصر ما بها أن تعترف بأمر بح صوتها بالنداء به ، و أن الاعتراف بجب أن يصدر ممن كانوا حتى الأن متمسكين بالامتيازات، لا يقبلون فيها تبديلا. أما الفقرة الأخبرة،

فقد تساءلنا ماذا بكون مرمى التعهد الوارد بها ، وأشرنا إلى أن "تضمين هذا التعهد في المعاهدة يجعل مادة التحكيم (١٤) منصبه عليه، وزدنا أنه بمقتضى التعهد وعملا به يصبح لمصر أن تضع ما تشاء من التشريعات، وتطبيقها على الاجانب. فإذا رات بريطانيا في شيء من تلك التشريعات أجمافا بالأجانب، أو تنافياً مم المباديء العامة للتشريع عند الدول ذوات الامتيازات، وخالفتها مصر في الرأي، حل الخلاف بطريق التحكيم وهذا الوضع يشبه من بعض الوجوه ما كان قد اقترحه مشروع ملنر من إعطاء الممثل البريطاني حق المعارضة (veto) فيما يطبق على الأجانب من التشريعات ، على أنه يفضل الاقتراح القديم في أنه بدلا من أن يكون حقاً فردياً للمثل البريطاني، يصبح الخلاف بين الدولتين محل تحكيم على يد هيئة دولية. وقد أبدينا أننا لانرى مانعا من قبول هذه الصورة الجديدة في ضمان حقوق الأجانب، لاسيما وأننا لانرى فرقاً بينها وبين الضمانات التي وردت في مشروع الاتفاق الدولي الذي وضعته عصبة الأمم، والذي رسم القواعد العامة لمعاملة الأجانب، وجعل التحكيم طريق حل الخلافات بين الدول في تنفيذ تلك القواعد . ويكاد يكون الفرق الوهيد بين حكم بالأجانب، وعدم مناقضته لمبادئ التشريم الحديث، كان مندرجا في صلب المعاهدة ، ثم انحدر الى المنكرات التي تتبادل ، حتى لايكون هذا الشرط محلا للتحكيم، مادامت الجمعية العمومية للمحاكم المختلطة تقوم بالتصديق على التشريعات، ووحيث يكون تصديق لايجوز أن يصبح التشريع المصدق عليه محل احتكام بعد ذلك ء .

ونحن لانستطيع أن نقر وجهة النظر هذه: ولانرى ما يمنع، لا من وجهة القانون ولا من وجهة العمل، أن يتقرر وجوب تصديق الجمعية العمومية للمحاكم المختلطة على التشريع المصرى الذي يراد به أن يسرى على الأجانب: ويتقرر إلى جانب ذلك أنه إذا امتنعت هذه الجمعية من المصابقة، ورأت الحكومة المصرية أنها خرجت في ذلك عن حدود مهمتها، حل الخلاف بطريق التحكيم، وبذلك نامن تحكم الجمعية العمومية وتعنتها التي تحاول في بعض الظروف، كما يقرر الكتاب الأخضر نفسه، أن تتبخل افي موضوع التشريع ومناسبته: وهذا هو نفس ما كان يراه المرحوم ثروت باشا ، فقد جاء في الكتاب الأخضر الذي أصدره ، في الوثيقة رقم ٩ ، ما يأتي :

والمامايتعلق بالتشريع الذي يطبق على الأجانب، فإن المادة ١٣ من القانون المدنى المختلط تعتبر أنها القاعدة لكل تشريع لا يكون تشريعاً مالياً وتكون مهمة الجمعية العمومية للمحكمة المختلطة الاستيثاق من أن التشريع الذي يعرض عليها ليس بحيث لايتغق مع المبادىء المشتركة في بلاد الدول ذوات الامتيازات. وفيما يختص بالتشريع المالي يجب الا يستعمل حق المعارضة، الذي أرى نفسى مستعدا للاعتراف به، الا بالنسبة للقوانين التي تقرر فرقا في المعاملة لغير صملحة الأجانب (المفهوم أنه لايعتبر تفريقا في المعاملة أن ضريبة متساوية للجميع تكون اثقل أثرا على الأجانب، لأنها تفرض بالنسبة لحالات أو اعمال اخص بهم، أو اكثر تحققا عندهم، كما يجب أن يشترط فيه:

- (١) ألا يستعمل الا بناء على تقرير تضعه هيئة مشكلة لهذا الغرض، وتكرن الحكومة المصرية ممثلة فيها، كان تكون مثلا لجنة مؤلفة من أربعة اعضاء، اثنان منهم مصريان، وثالث يمثل الدول الكبرى، ورابع يمثل الدول الصفرى.
 - (٢) أنه لايوقف تنفيذ التشريع الا استعمال حق المعارضة فعلاً.
- (٣) أن يقرر للحكومة المصرية حق الطعن في ذلك الاستعمال أمام هيئة دولية ، تكون عصبة الأمم أو محكمة لاهاي . ويقتضى أن يلاحظ هنا أن جواز رفع الأمر الى هيئة دولية ، عندما ترى الحكومة المصرية أن حق المعارضة استعمل على غير وجهه ، كان يرجع في المشروع الذي قدمته إلى أن الأحكام الخاصة بحق المعارضة كان سينص عليها في المعاهدة عند الخلاف نفسها ، فكان يجب لذلك تفسير أو تأويل أحكام المعاهدة عند الخلاف بحسب ميثاق عصبة الأمم . فأذارئي لمناسبات أخرى أن توضع الأحكام الخاصة بحق المعارضة في أتفاق آخر ، فيجب احتفاظا بالمعنى المتقدم أن ينص صراحة في ذلك الاتفاق على حق الحكومة في الطعن في استعماله ، دون أن يكون في هذا النص ابتداع شيء جديد » .

نرى مما تقدم مبلغ حرص المرحوم ثروت بأساً على أن يحتفظ للحكومة المصرية بحق الطهن في قرار الجمعية العمومية، إذا جاء مخالفا لوجهة نظرها، وكيف يحصر هذا القرار في حدود ضبيقة، فيقيده بتقرير سابق تضعه لجنة مختلطة، ويجعله حق معارضة لاحق تصديق، ينفذ التشريع المصرى على الأجانب إذا لم يستعمل، ولا ضرورة للتربص بالتشريع حتى تتم المصادقة عليه.

ونحن نوافق على هذه الآراء السديدة، ونتقدم الى المفاوض المصرى في أن يعمل على تحقيقها عندما تدور المفاوضات مع انجلترا ومع الدول بشأن تعديل الامتيازات، وأن يوجه النظر الى ما لاحظه المرحوم تروت باشا بحق من أن المفهوم أنه لايعتبر تفريقاً في المعاملة أن ضريبة متساوية للجميع تكون اثقل أثراً على الأجانب، لأنها تفرض بالنسبة لحالات أو أعمال أخص بهم أو أكثر تعمقاً عندهم.

ونلاحظ أنه كان من الممكن أن تتمسك مصر بحقها في فرض أية ضريبة عقارية كانت أو غير عقارية على الأجانب بدون الرجوع الى الجمعية العمومية ، ما دامت الضريبة غير مجحفة . وتاريخ الامتيازات الأجنبية لا يأبي علينا هذا الحق ، لأن الأجانب لم يعفوا بموجب الامتيازات التي ينفردون بها وحدهم ، كالجزية التي تجبي من غير المسلمين . ولكننا لا نتشدد الأن في ذلك ، ونؤثر أن نرجئة لمرحلة أخرى ، عندما تتحقق الدول من أن مصر تحسن استعمال ما تسترده من الحقوق.

بقى أن نشير إلى القانون الجنائي الذي كان مزمعاً اصداره في سنة ١٩٢٠. هذا القانون من وضع عهد ماض ، إذ كانت لجنة الامتيازات التي الفت في نلك العهد تعمل في ظروف تغيرت الآن تغيراً جوهرياً . ويكفى أن نشير إلى أن هذا القانون يعتبر الدولة البريطانية ، بالنسبة المصرى » كانها الدولة صاحبة السيادة عليه . فيعاقب الجرائم التي ترتكب ضدها بنفس العقوبة التي يعاقب بها الجرائم ضد الدولة المصرية (انظر على سبيل المثال المواد ١٩٢٧ و ١٩٥١ و ١٩٠١ م ١٩٠١ من هذا المشروع) ، ويضع المندوب السامي في مرتبة حاكم البلاد الشرعي فيعاقب بعقوبة واحدة الاعتداء على أي منهما (انظر المادة المادة ١٩٦٩ من المشروع) ، ويقرن الأسرة المالكة في مصر على انهما متساويان من حيث وجوب ولاء المصري كل منهما (انظر المادتين ١٤٣٣) ، ويجعل العلم البريطاني في منزلة العلم

المصرى والجيش المصرى من حيث وجوب احترامهما (انظر المواد ١٤٥ و ١٤٦ و ١٤٤)، ويعاقب التزييف في الأوراق المالية التي تصدرها الحكومة البريطانية بنفس عقوبة التزييف في الأوراق المالية التي تصدرها الحكومة المصرية (انظر المادة ٢٣٨). من هذا كله يتبين وجوب تشكيل لهذة مختلطة، من مصريين واجانب، لاعادة النظر في هذا المشروع من الوجهة السياسية ومن الوجهة الفنية (انظر نقداً لهذا المشروع، من الوجهة الفنية للأستاذ ارمانجون في مجلة مصر العصرية في عددي ٥١ و ٥٠ سنة ١٩٩٠)، على أن يعرض المشروع بعد تعديله على البرلمان المصرى، فالجمعية التشريعية للمحاكم المختلطة في حدود اختصاصها الجديدة، ونوجه النظر من الأن الى وجوب الاهتمام بجريمتين يكثر الكابهما في اوساط الجاليات الأجنبية بمصر، هما الاتجار بالمواد المخدرة والاقراض بالربا الفاحش.

ونشير أخيراً إلى المواد ١٠ - ٢٧ من المشروع الثانى من مشروعات سنة ١٩٢٠ ، وهي النصوص التي تشير اليها المذكرة البريطانية السالف نكرها ، على اعتبار انها تقرر مبادئ يجب الايحاد عنها ، إذ جاء في هذه المذكرة ما يأتى : وأن توسيع اختصاص المحاكم المختلطة الجنائي يستئزم اعداد وتنفيذ قانون جديد لتحقيق الجنايات ، وفي مشروعات القوانين التي اعدت في سنة ١٩٢٠ ، بعض نصوص مهمة خاصة بقانون تحقيق الجنايات (انظر المواد ١٠ - ٢٧ من القانون رقم . . الصادر في المقوبات الجديد يجب الا يحيد عن المبادئ المقررة بتلك المواد ١٠ ولئا المقوبات الجديد يجب الا يحيد عن المبادئ المقررة بتلك المواد ١٠ ولئا ملاحظات على بعض هذه النصوص: تقضى المادة الثانية عشرة بأن الأدلة قاضي التحقيق يحيل المتهم إلى محكمة الجنايات ، إذا رأى أن الأدلة المنافعة على إدانته

(١) في جناية.

 (ب) في جنحة من اختصاص محكمة الجنايات، إذا كان من رايه انه نظراً لظروف الدعوى لاتكون العقوبة التي للمحكمة الجزئية إيقاعها كافية. (جـ) في جنحة مرتبطة بجريمة صدر بشأنها أمر إحالة تطبيقاً لأحدى الفقرتين السابقتين ، إذا كان من رايه أنه يجب الحكم في الجريميتن معاً (انظر ايضاً المادة ٢٥). والأصل في ذلك أن المادة ١٧ من المشروع الأول تقضى بأن المحاكم الجزئية تختص بالنظر في الجنح والمخالفات، الا أنها تملك الحكم بعقوبة لمدة أكثر من سنتين (وقد اقترحت لجنة الأجانب تخفيض هذا الحد أيضاً) وتقضى المادة ١٩ من المشروع نفسه بأن محاكم الجنايات تختص بالنظر في الجنايات وفي الجنم التي تزيد عقوبة الحبس المقررة لها قانونا على سنتين. ومن ذلك يتبين أن مشروعات سنة ١٩٢٠ تضيق من اختصاص محكمة الجنع والمخالفات، إذ تجعل بعض الجنح من اختصاص محكمة الجنابات، وهذا عكس ما اتبع أخيراً في القضاء الأهلي ، إذ جعلت بعض الجنايات من اختصاص محكمة الجنع، ونعن نؤثر الا تعتدى محكمة الجنايات على اختصاص محكمة الجنح، والظاهر أن السبب الذي دعا وأضع مشروعات سنة ١٩٢٠ إلى نزع الجنح التي يعاقب عليها بالحبس لمدة اكثر من سنتين من اختصاص محكممتها الطبيعية، هو اعطاء ضمانات اوفر أمام محكمة الجنايات للأجانب المتهمين في جنح تزيد العقوبة فيها على سنتين. ولانرى ما يبرر أعطاء هذه الضمانات، وأنه يحسن الرجوع إلى الاختصاص الطبيعي لكل محكمة ، ما دام تقسيم الجرائم إلى جنايات وجنح ومخالفات يبقى معمولا به في ظل النظام الجديد.

وتنص المادة السادشة عشرة من المشروع نمرة ٢ على انه لايجوز رفع الدعوى مباشرة الى محكمة الجنايات من قبل المدعى المدنى، ولايجوز تقديم احد للمحاكمة بناء على طلب النائب المعومى أو المدعى المدنى لجريمة يجوز أن تعاقب بالحبس لمدة أكثر من سنة، ما لم يكن ذلك بناء على أمر أو تصريح سابق من قاضى تحقيق أو قاضى إحالة أو محكمة وفي هذا النص تضييق لا ميرر له السلطة النائب العمومي في رفع الدعوى الجنائية، ولحق الأفراد في رفع الجنحة المباشرة (انظر نقد الأستاذ عبد العزيز فهمي باشا لهذه المادة في ملخص المحاضرات التي المحامين، وهي منشورة في ملحق للعدد الثامن من السنة الأولى لمجلة المحامية، من ٦٤).

وتنص المادة الثالثة والعشرون على ان عقوبات الاعدام والأشفال الشاقة والحبس لمعة اكثر من شهرين لايجوز توقيعها غيابيا وهذا التقييد فيه كل الحرج إذا كان المتهم اجنبيا وفر من البلاد المصرية (أنظر نقد الأستاذ عبد العزيز فهمى باشا في ملحق المحاماة العشار إليه ص

القسم الثالث: التشريع الخاص بتشكيل المحاكم المختلطة وتحديد اختصاصها

يجب أن تحدد نصوص هذا التشريع تحديدا دقيقا ، ولا يتوسع في هذا التحديد بل يقتصر الأمر على النصوص الأساسية . فإذا تم التحديد على هذا النحو يتقرر أنه لايجوز تعديل النصوص التى ادخلت في هذه الدائرة إلا بموافقة الدول نوات الامتيازات . ولكن يجب مع ذلك أن يتقرر مبدا مراجعة هذه النصوص بعد كل فترة من الزمن (كل عشر سنوات مثلا) ، وللحكومة المصرية أن تقترح تعديلها بما يتناسب مع تقدم مصر وقتئذ ، فتهيى ، بذلك الفرصة لأن تلفى الامتيازات الأجنبية تدريجيا ، دون مساس بمصالح الأجانب المشروعة .

والواجب أيضا أن يتقرر أنه في حالة إصرار الحكومة المصرية على القتراحات معينة تعدل بها هذه النصوص الأساسية ، وعدم موافقة الدول لها على ذلك . يجوز لمصر أن ترفع الأمر ألى محكمة لاهاى ، أو إلى عصبة الأمم (تطبيقا للمادة ١٩ من ميثاق هذه العصبة وسنعود اليها فيما يلى)، على أن يكون قرار الهيئة التي يرفع الأمر اليها نافذا على الجميم .

ثانيا: القضاء

ترمى المقترحات البريطانية الى إدخال تعديل جوهرى على نظام القضاء المختلط:

- (١) من حيث اختصاص المحاكم المختلطة.
- (٢) ومن حيث القائمين بالقضاء في هذه المحاكم.

١ ـ اختصاص المجاكم المختلطة :

تنصى المادة الأولى من المشروع الأول من مشروعات سنة ١٩٢٠ على أن يعاد تنظيم المحاكم المختلطة، بحيث يتناول اختصاصها المواد الأتية:

اولا: جميع المناز عات المدنية ، بين مصريين و اجانب ، أو بين أجانب سواء كانوا من جنسية و احدة أو من جنسيات مختلفة .

شافيا جميع المازعات المدنية الأخرى التى باشرت المحاكم المختلطة القضاء فيها الى الأن.

ثالثا جميع المنازعائ والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية للأجانب.

رابعا : جميع الاجراءات الجنائية ضد الأجانب.

خاصسا جميع الاجراءات الجنائية ضد المصربين ، في الأحوال التي باشرت المحاكم المختلطة القضاء فيها بالنسبة للمصربين حتى الآن (وقد اقترحت لجنة الأجانب إضافة جرائم التزوير واليمين الكاذبة وشهادة الزور والنصب ببيع ملك الغير ، إذا ارتبطت هذه الجرائم بدعاوى منظورة امام المحاكم المختلطة) . ومع ذلك فلا يكون لهذه المحاكم اى اختصاص في المنازعات او المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية لأجنبي مسلم منتم الى احد المذاهب السنية ، إذا كانت مثل هذه المعازعة أو المسائة خاضعة في بلاده لقضاة المحاكم الشرعية دون سواها .

ونلاحظ ان هذا النص هو من النصوص الأساسية في مشروعات سنة ۱۹۲۰ ، وهو المحور الذي يدور عليه الأصلاح القضائي المقترح ولايخفي ان من شأنه ان يلفي المحاكم القنصلية وينقل اختصاصاتها المدنية والجنائية الى المحاكم المختلطة ، فيوسع بذلك اختصاص هذه المحاكم الأخيرة توسيعا كبيرا يظهر فيما يأتي :

اولا يصبح من اختصاص المحاكم المختلطة جميع المنازعات المدنية بين مصريين واجانب، أو بين اجانب سواء كانوا من جنسية واحدة أو من جنسيات مختلفة، وهذه المواد هي الآن من اختصاص المحاكم المختلطة، الا المنازعات المدنية المتعلقة بمنقول بين اجانب من جنسية واحدة، فهي بموجب النظام الحالي من اختصاص المحاكم

القنصلية، فنقلتها مشروعات سنة ١٩٢٠ الى اختصاص المحاكم المختلطة، وهذه حسنة من حسنات هذه المشروعات، تزيد قيمتها إذا اضفنا الى ذلك أن المقترحات البريطانية قد قضت صراحة على التوسم في تفسير كلمة ، أجنبي ، ذلك التوسع الذي تذهب اليه المحاكم المختلطة الآن بدون مستند قانوني صحيح، فلا يعود ؛ الأجنبي ؛ الخاضع لقضاء المحاكم المختلطة هو كل شخص غير مصرى الجنسية ، سواء أكان تابعا لدولة من الدول المتمتعة بالامتيازات أم غير تابع لاحدى هذه الدول ، بل تصبح القاعدة أن كل شخص في مصر يكون خاضعا لقضاء المجاكم الأهلية الا إذا خرج من اختصاص هذا القضاء بحكم قانون أو عرف أو معاهدة، وبعبارة اخرى تصبح الأجانب غير المتمتعين بالامتيازات خاضعين لقضاء المحاكم الأهلية ، ولا يشمل اختصاص المحاكم المختلطة الا الأجانب المتمتعين بالامتيازات. ومن ذلك نرى أن اختصاص المحاكم المختلطة. وأن كان يتسم على حساب المحاكم القنصلية فيما يتعلق بالدعاوى المدنية بين الأجانب من جنسية واحدة، فهو يضيق لمصلحة المحاكم الأهلية فيما يتعلق بتجديد كلمة «الأجنبي» وقصرها على الأجانب المتمتعين بالامتبازات.

ونلاحظ قبل ترك هذه المسألة أنه يحسن النص على اعتبار الرعايا السابقين للدولة العلية ، ولو كانوا قد وضعوا بعد الحرب تحت إنتداب دولة من الدول دوات الامتبازات (كالفلسطينين والسوريين والعراقيين ، حاضعين لقضاء المحاكم الأهلية . كذلك يحسن النص على ان كل الشركات التي تكون مصرية الجنسية ، ولو تألفت من أجانب متمتعين بالامتيازات ، تكون خاضعة لقضاء المحاكم الأهلية أيضاً

ثانها ويصبح من اختصاص المحاكم المختلطة جميع المنازعات المدنية التي باشرت هذه عبارة مبهمة المدنية التي باشرت هذه عبارة مبهمة لايعرف مداها . واظهر عيوب هذا النص أنه يقر المحاكم المختلطة على ما اختطته لنفسها . منذ إنشائها ، من التوسع في اختصاصها توسعا لايستند إلى قانون . ولاتراعى فيه مصلحة المصريين . ولننكر على سبيل المثال نظرية «المصالح المختلطة» (Théorie de l'intérêt mixte) . فقد مدت المحاكم المختلطة اختصاصها ، بغضل هذه النظرية ، إلى قضايا كل

المتقاضين فيها مصريون، ولايوجد بينهم أجنبي واحد، يدعوي أن هناك مصلحة لأجنبي في الدعوى ولو كانت هذه المصلحة ليست بالذات موضوع النزاع. واستندت في ذلك إلى المادة ١٣ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة، وهي تنص على أن مجرد عمل رهن عقاري لمصلحة أجنبي على عبن ثابتة ، أيا كان مالكها أو وأضع اليد عليها ، يجعل المحاكم المختلطة مختصة بالحكم في صحة هذا الرهن وفي جميع نتائجه، ومنها بيع العقار جبرياً وتوزيع ثمنه. وطبقت النظرية على حجز ما للمدين لدى الغير ، فحكمت باختصاصها ولو كان كل من الدائن الحاجز والمدين المحجوز عليه مصريين (أو أجنبيين من جنسية وأحدة) ، مادام المحجوز لديه اجنبياً مختلفاً في جنسيته عن جنسية الدائن والمدين. وحكمت باختصاصها في قضية ترفع بين مصري وشركة مصرية ، إذا كان بين المساهمين في هذه الشركة اجنبي. ولا يتسع المقام هنا لبيان ما وسع المحاكم المختلطة ابتلاعه من القضايا التي هي في الأصل من اختصاص المحاكم الأهلية (أو من اختصاص المحاكم القنصلية إذا كان العدعي والمدعى عليه أجنبيين من جنسية واحدة)، باسم نظرية ه المصالح المختلطة ه .

والذي نراه ان يحذف من المشروعات هذا النص، بل يجب ايضاً القضاء على نظرية المصالح المختلطة قضاء صريحاً، ووضع نص خاص بذلك، كما كانت الحكومة المصرية تريد أن تفعل عندما قدمت إلى اللجنة الدولية اقتراحاً يقضى بأن اختصاص المحاكم المختلطة يتحدد بالنظر إلى جنسية الخصوم دون غيرها، ودون إلتفات إلى المصالح المختلطة التي قد تنضمنها القضية بطريق غير مباشر

(Uniquement par la nationalité des parties en cause sans avoir égard aux intérêts mixtes qui pourraient être indirectement engagès dans le proces).

انظر رسالة الأستاذ الدكتور محمد بهي الدين بركات بك

(Privilèges et Immunités dont jouissent les Etrangers en Egypt vis-à-vis des Locales; Paris 1912, p. p. 255-256)

ثالثا: وتختص المحاكم المختلطة كذلك بجميع المنازعات والمسائل المتطقة بالأحوال الشخصية للأجانب: وهذا توسيع آخر لاختصاص المحاكم المختلطة على حساب المحاكم القنصلية، وهو توسيع محمود، وعدت الحكومة البريطانية في مذكرتها المشار اليها أن توافق عليه فيما يتعلق بالرعايا البريطانيين، وأن كانت قد تشككت في امكان أن توافق الدول نوات الامتيازات كلها على نلك. فنكرت أنه وقد يصعب على بعض الدول أن ترضى بنقل جميع قضايا رعاياها الخاصة بالأحوال الشخصية إلى المحاكم المختلطة فنقلها في هذه الحالة يجب أن يكون إختيارياً، والاختصاص في هذه الأمور يجب أن يظل للسلطات القنصلية، الا إذا تم الاختصاص إلى المحاكم المختلطة، وأنني أتوقع الاتفاق على نقل نلك الاختصاص إلى المحاكم المختلطة، وأنني أتوقع الاتفاق على أن تحول المحاكم المختلطة الاختصاص في هذه الشؤون فيما يتعلق بالرعايا البريطانيين ه.

وتضيف الفقرة الأخيرة من المادة الأولى من المشروع الأول ما يأتي : ، ومع ذلك فلا يكون لهذه المحاكم (أي المحاكم المختلطة) أي إختصاص في المنازعات أو المسائل المتعلقة بالأجوال الشخصية لأجنبي مسلم منتم إلى احد المذاهب السنية ، إذا كانت مثل هذه المنازعة أو المسألة خاضعة في بلاده لقضاء المحاكم الشرعية دون سواها ٤ . والظاهر من هذا النص أن الأحانب المسلمين المتمتعين بالامتيازات الأجنبية، كالتونسيين والمراكشيين، بكونون خاضعين في مسائل أحوالهم الشخصية للمحاكم الشرعية المصرية ، لا للمحاكم المختلطة ما داموا مسلمين سنيين ، وهذا توسيم في اختصاص المحاكم الشرعية بمند لأجانب متمتعين بالامتيازات، وهو ما نرحب به (ومع ذلك أنظر نقد الأستاذ عبد العزيز فهمي باشا، إذ يقرر أنه رأى تعديلا لهذا النص مكتوباً بخط اليد ، من شأنه أن يجعل المحاكم المحتلطة مختصة بالفصل في أي نزاع متعلق بالأحوال الشخصية ، متى كان يتوقف على الفصل فيه الفصل في أصل الدعوى المنظورة امامها، وأنه لاتمكن إحالة النزاع المتعلق بالأحوال الشخصية لأجنبى مسلم الا باتفاق الخصوم ملحق المحاماة المشار اليه ص ۱۷ ـ ۱۹).

رابها: وتفتص المحاكم المختلطة كذلك بجميع الاجراءات الجنائية ضد الأجانب: هذا هو أهم توسيع لاختصاص المحاكم المختلطة. فما برحت الحكومة المصرية تسعى وراء ذلك، وفاوض نوبار باشا الدول ذوات الامتيازات مراراً على هذا الأساس ولم ينجع، حتى انشئت المحاكم المختلطة دون أن يكون لها الا اختصاص جنائي ضيق، ولكن الدول وعدت أن توسع من هذا الإختصاص الجنائي توسيعاً كبيراً بعد انقضاء سنة من أن توسع من هذا الإختصاص الجنائي توسيعاً كبيراً بعد انقضاء سنة من أبشاء المحاكم المختلطة، وها قد مضى على إنشاء هذه المحاكم اكثر من نصف قرن، ونجحت التجربة نجاحا مبيناً لصالح الأجانب، بدليل استمرار هذه المحاكم وتوطد نفوذها، ومع ذلك بقى اختصاصها الجنائي ضيقاً كما كان فالنص الجديد يعطى للمحاكم المختلطة الاختصاص الجنائي المختلطة الاختصاص الجنائي المختلطة الإنباد عائلاً لا يقاس إليه نفوذها الحاضر، وما يدعو كذلك إلى زيادة يزياداً هائلاً لا يقاس إليه نفوذها الحاضر، وما يدعو كذلك إلى زيادة عدد قضاتها واعضاء نيابتها، والى وضع قوانين جديدة للعقوبات عدد قضاتها واعضاء نيابتها، والى وضع قوانين جديدة للعقوبات نظام المحلفين وغير ذلك مما سيأتي ذكره فيما يلى، والخطوة طبية، نظام المحلفين وغير ذلك مما سيأتي ذكره فيما يلى، والخطوة طبية، في تقاضي ثمنها بالاسراف في إعطاء ضمانات للأجانب لا مسوغ لها، في تقاضي ثمنها بالاسراف في إعطاء ضمانات للأجانب لا مسوغ لها، وسبين ذلك في موضعه.

ويلاحظ أنه إذا اتخذت إجراءات جنائية ضد مصرى واجنبى متهمين في جريمة واحدة، فالظاهر أن المصرى يحاكم أمام المحاكم الأهلية، ويكون الأجنبي طبقاً لهذه المشروعات خاضعا للمحاكم المختلطة. وليس في هذا تقدم على الحالة التي نحن فيها الآن، والتي تقضى بجواز تقديم بعض المنهمين في جريمة إلى المصاكم الأهلية، وتقديم البعض الأخسر الى المحاكم القنصلية، ويستتبع ذلك تناقض الأمكام في حريمة وأحدة ، مما تأباه أبسط مبادىء العدالة . والواجب في مثل هذه الأحوال أن يقدم جميم المتهمين في جريمة واحدة الى محكمة واحدة. والأولى ان ينص على أن تكون المجاكم الأهلية هي المختصة بنظر الدعاةي الجنائبة التي يكون فيها احد المتهمين مصريا ولو كان باقي المتهمين من الأجانب، ونلك توحيدأ للأحكام وتغليبا لقضاء البلاد العام على القضاء الاستثنائي للمحاكم المختلطة ، ذلك أن سياسة الأصلاح القضائي في مصر يجب أن تكون مبنية على أساس التدرج شيئا فشئا بالمحاكم الأهلية، حتى يمتد اختصاميها الى جميع ما هو خارج الأن عن هذا الاختصاص، فتفنى فيها المحاكم المختلطة والمحاكم القنصلية والمحاكم الشرعية والمجالس الحسبية والمجالس الملية، وبذلك يتوحد القضاء في البلاد. وعلى هذا الأساس نرى رفض اقتراح الأجانب الذى يرمى الى توسيع الاختصاص الجنائي للمحاكم المختلطة بالنسبة للمصريين ، فيجعلها تنظر جرائم التزوير واليمين الكانبة وشهادة الزور والنصب ببيع ملك الغير ، إذا ارتبطت بدعاوى منظورة أمام المحاكم المختلطة .

خامسا: وقد نصت المادة الثانية من المشروع الأولى على ما يأتى « يجوز قانونا للمحاكم الأخرى غير المحاكم المختلطة أن تباشر القضاء بالنسبة لكل دعاوى أجنبي بقبل الخضوع لها ، ولا يعتبر الأجنبي ، فيما يتعلق بهذه المادة ، قابلا أن يخضع لقضاء محكمة الا في الأحوال الأتية . (١) إذا رفع هو دعواه الى هذه المحكمة بصفته مدعيا ، أو تدخل في دعوى مرفوعة من قبل .

(۲) إذا لم يدفع بعدم اختصاص المحكمة قبل صدور حكم تمهيدى أو قطعى فى دعوى حضر فيها ، ويستتبع قبول الخضوع لمحكمة الدرجة الأولى الخضوع لقضاء محاكم الدرجات التى من نوعها ء.

وهذا النص، كما يتضح للقارئ، على جانب عظيم من الأهمية، لأنه يقرر جواز تقاضى الأجانب امام المحاكم الأهلية والمحاكم الشرعية إذا رضوا بذلك، والأصل أن اغتصاص المحاكم المختلطة يعتبر من النظام العام، فلا يجوز لأجنبى خاضع لهذه المحاكم أن يتفق مع خصمه على أن يتقاضيا الى محكمة أخرى، وللمحكمة التى اتفقا على اختصاصها أن يتقاضيا الى محكمة أذرى، وللمحكمة التى اتفقا على اختصاصها أن بصددها تقرر صراحة أن للأجنبى أن يلجأ للمحاكم الأهلية وللمحاكم الشرعية ولفيرها من المحاكم، دون المحاكم المختلطة، وتقول المذكرة الديق على اختيار التقاضى أمام المحاكم الأخرى القائمة غير المحاكم الأخرى القائمة غير المحاكم الأخرى القائمة غير المحاكم الأجانب في بعض الأحوال أن يفضل المختلطة، وهذا نص جديد، الا أنه قد رؤيت أضافته لاحتمال أن يفضل الأجانب في بعض الأحوال أن يفعوا منازعتهم إلى المحاكم الدينية بمصر الأر والى المحاكم الأهلية».

ولاشك أن في تقرير هذا المبدأ خطوة كبرى في التدرج نحو جعل اختصاص المحاكم الأهلية عاماً شاملا للأجانب، وهو ما يجب على مصر ان تسعى للوصول اليه، ولكن لا تكون هذه الخطوة كاملة إلا إذا تقرر بصراحة أن الاتفاق مقدماً على اختصاص محاكم مصرية غير المحاكم المختلطة صحيح قانوناً. ذلك لأن نص المادة الثانية غامض في هذا الموضوع، فظاهره يشعر بأن الأجنبي لا يعتبر راضياً باختصاص محكمة غير المحاكم المختلطة الا في حالتين:

- (۱) إذا رفع هو الدعوى بصفته مدعياً ، أو تدخل في دعوى مرفوعة من قبل . ففي هذه الحالة يعتبر راضياً باختصاص المحكمة التي رفع دعواه اليها أو التي تدخل في دعوى مرفوعة أمامها ، ولا يملك إذاً أن يدفع بعد ذلك بعدم اختصاص هذه المحكمة . ولكن المدعى عليه ـ مصريا كان أو أجنبيا ـ يملك الدفع بعدم الاختصاص ، لأنه ليس هو الذي رفع الدعوى حتى يعتبر راضياً باختصاص المحكمة . والأولى أن ينص أنه إذا كان المدعى عليه مصرياً ، ورفع الأجنبي دعواه عليه أمام محكمة أهلية ، فلا يملك المصرى أن يدفع بعدم اختصاص المحكمة ، لأنه إنما قوضي امام محكمة الطيعية .
- (۲) إذا لم يدفع بعدم اختصاص المحكمة قبل صدور حكم تمهيدى أو قطعى في دعوى حضر فيها (وتقترح لم المحكمة وياد عدم جواز هذا النفع بعد اقفال باب المرافعة ولو قبل النطق بالحكم، ونحن نوافق اللجنة على هذا الاقتراح). وفي هذا الفرض يكون الأجنبي هو المدعى عليه لا المدعى، وقد رفعت عليه دعوى من مصرى أو من أجنبي مامم المحاكم الاهلية أو المحاكم الشرعية مثلا، فقبل أن يترافع أمامها ولم يدفع بعدم الاختصاص.

هذان هما الفرضان المنصوص عليهما صراحة، وفيهما يمكن ان يكون الأجنبي خاضماً لغير المحاكم المختلطة، وهناك فرض ثالث لم يتعرض له النص، وهو أن يتفق الطرفان في العقد على أن تكون المحكمة المختصة هي محكمة أخرى غير المحاكم المختلطة، وقد تساءلت لجنة الأجانب عن الأثر القانوني الذي يترتب على مثل هذا الشرط، وأظهرت تخوفها من أن التسليم بصحته يؤدي الى أن تستعمله الحكومة في عقودها مع الأجانب، فتسلب بذلك جزءاً عظيما من اختصاص المحاكم في عقودها مع الأجانب، فتسلب بذلك جزءاً عظيما من اختصاص المحاكم المختلطة، ونحن لانري وجهاً لهذا التخوف، ونشدد من جهة أخرى في

وحوب تقرير صحة مثل هذا الشرط بعبارة صرححة ، لأنه بخشي إذا ترك الأمر مبهماً أن تفسر المحاكم المادة الثانية على أنها نص استثنائي لايجوز التوسم فيه، وتقف عند الفرضين المنصوص عليهما في هذه المادة، ولا تسلم يصبحة الاتفاق مقدماً على اختصاص محكمة غير المحاكم المختلطة ، بحجة أن هذا الفرض غير منصوص عليه . وذلك بدلا من أن تقرر أن المادة الثانية إنما هي مجرد تطبيق لمبدأ مفهوم ضمناً هو أن اختصاص المحاكم المختلطة ليس من النظام العام، فيصح الاتفاق على اختصاص محكمة غير هذه المحاكم، لاندري أي تفسير بكون نصيب هذه المادة الغامضة ، ولذلك نرى قطعاً لكل ليس إن ينص صراحة على منحة الاتفاق المشار اليه . وليس منحيجاً ما تذهب النه لجنة الأجانب من أن التسليم بصحة هذا الاتفاق من شأنه أن يسلب المحاكم المختلطة جزءاً عظيما من اختصاصها ، فإن اكثر القضايا التي ترفع أمام هذه المحاكم قضايا تجارية ، وهذه لاتستند في الفالب إلى عقود مكتوبة ، فلا بحتمل أن يوجد فيها هذا الشرط، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فانه في الفروض القليلة التي يتحقق فيها وجود الشرط يكون الأجنبي المتعاقد قي رضى به ، وتدبر أمره قبل أن يقدم على ذلك ، ووزن بين الرضاء بالشرط وعدم التعاقد أصلاً مع مصرى ، ففضل الأمر الأول . على أن التسليم بمنجة الشرط، من جهة ثالثة، يشجع كثيراً من المصربين على التعاقد مع الأجانب، إذ تتبسر لهم وسائل التقاضي عند الضرورة، فالأمر من هذه الوجهة مصلحة للأجانب انفسهم.

لانترك موضوع اختصاص المحاكم المختلطة قبل أن ننبه إلى أمر سبق أن أشرنا اليه، وهو وجوب جعل القضايا المدنية العقارية من اختصاص المحاكم الأهلية دائماً، ولو كان المتقاضون كلهم أجانب ومن جنسية واحدة. نحن نعلم أن مشروعات سنة ١٩٢٠، قد سلمت كما يسلم نظام المحاكم المختلطة القائم، أن جميع القضايا العقارية بين المصريين والأجانب، أو بين الأجانب ولو كانوا من جنسية واحدة، تكون من اختصاص المحاكم المختلطة، بل قد حاولت محكمة مصر المختلطة، في وقت ما، أن تجعل القضايا العقارية التي يكون المتقاضون فيها كلهم مصريون من اختصاص المحاكم المختلطة، في

هذه الحالة من جنسية واحدة هي الجنسية المصرية، (وكان ذلك راجعاً لايهام في نص المادة ٩ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة، فصدر يكريتو ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ معدلا للنص المبهم، وقاطعاً في ان يكريتو ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ معدلا للنص المبهم، وقاطعاً في ان القضايا العقارية بين المصريين من اختصاص المحاكم الأهلية). ولكن هذا جاء غير متفق مع ما تسمع به الامتيازات نفسها للأجانب، فان للمحاكم التي يخضع لها المصريون، كما سبق أن نكرنا، وهذا ما أشار اليه نوبار باشا في منكرته التي رفعها للخديري اسماعيل سنة ١٨٦٧، اليه نوبار باشا في منكرته التي رفعها للخديري اسماعيل سنة ١٨٦٧، الهذو وقوانينها، وكان على حق فيما قاله من الوجهة القانونية، اذلك إذا قلنا باغتصاص المحاكم الأملية بنظر جميع الدعاوي العقارية، ولو كانت بين اجانب، لانكون إلا متردين حقاً مفتصباً لا تأباه علينا نفس الامتيازات الأجنبية.

ونحن نجتزيء هنا بذلك، ونحيل القاريء على ما سبق لنا ذكره في هذا الموضوع عند الكلام على التشريم.

بقى فى موضوع الاختصاص أن نشير إلى بعض احكام تفصيلية وربت فى المشروع الأول.

- (١) تنص المادتان التاسعة والعاشرة على ان السلمة المصرية لها حق إنشاء محاكم جنايات جديدة وكذلك محاكم كلية ومحاكم جزئية جديدة . ولما كان يخشى أنه إذا انشئت محاكم جديدة على هذا النحو اعتبر هذا حقاً مكتسباً للأجانب لايجوز الرجوع فيه ، نرى أنه بحسن النص على أن السلطة المصرية التي تملك حق إنشاء محاكم جديدة لها أيضاً حق الغائها . وبذلك يتسنى للحكومة المصرية أن ترجع إلى عدد المحاكم التي نص عليها في المشروعات ، عند ما تزول الحاجة التي دعت إلى إنشاء محاكم جديدة .
- (Y) تنص المادة الثالثة عشرة على أنه يجوز للمحاكم الكلية والمحاكم الجزئية عقد جلسات في اي مكان داخل في دائرة اختصاصها غير مقرها . ونحن نرى عدم جواز استعمال هذا الحق في اي وقت ، وذلك لأن المسالة تعتبر من المسائل الادارية في القشاء ، يجب أن يشرف عليها وزير

الحقانية. هذا إلى أن استعمال المحاكم المختلطة لهذا الحق بدون إشراف من الحكومة المصرية يمكنها من أن تنتشر في كل البلاد ، دون أن تكون هناك حاجة لذلك ، ونحن نرى أن الأولى حصر المحاكم المختلطة ، وهي محاكم استثنائية ، في مقراتها المحددة لها ، ألا إذا وجدت ضرورة تدعو الى غير ذلك ، ويترك للحكومة المصرية أمر تقدير هذه الصورة .

(٣) تقضى المادتان السابعة عشرة والتاسعة عشرة بأن محكمة الجنح التى تزيد لاتملك الحكم بعقوبة الحبس لمدة اكثر من سنتين، والجنح التى تزيد العقوبة المقررة لها على هذه المدة تكون من اختصاص محكمة الجنايات. وقد سبق أن قررنا أن الأفضل اعطاء كل محكمة اختصاصها الطبيعى، فتختص محكمة الجنح بكل الجنح ولو زادت العقوبة المقررة لها على سنتين. لاسيما أنه يفهم من المشروعات أن محكمة الجنايات تختص بجنحة قد لاتحكم فيها بعقوبة تزيد على سنتين، ما دام الحد الأقصى المقرر لهذه الجنحة يزيد على هذه المدة، وما دام قاضى التحقيق يرى ان العقوبة التى للمحكمة الجزئية ابقاعها غير كافية (أنظر المادة ١٢ من المشروع الأول). وفي هذا ما يجمل محكمة الجنايات تنظر جنحاً قد لاتحكم فيها الابعقوبات بسيطة، مما لاجانب في هذا الشان تزيد على ويجمل الضمانات التى يراد اعطاؤها للأجانب في هذا الشان تزيد على الحدة المقول.

(٤) تقضى المادة الثامنة عشرة بالا تكون المحاكم الجزئية مختصة بنظر دعاوى التعويض أو الرد من قبل المدعى بالحق المدنى ، إذا زادت قيمة الطلب على مائتى جنيه (واقترحت لجنة الأجانب رفع هذا الحد الى ثلاثمائة جنيه فقبل اقتراحها) ، فهل هذا النص يعنع من تحريك المدعى المدنى لدعوى الجنحة المباشرة (مع ملاحظة ما أحيطت به هذه الدعوى من قيود سبق أن انتقدناها) إذا كان التعويض الذي يطالب به أكثر من ثلاثمائة جنيه ، نرى أن يصاغ النص بحيث لايكون مانماً من ذلك ، حتى لايقفل باب الدعوى المباشرة أمام المجنى عليهم ، وتكون جسامة الضرر الذي المدى أمانيةم من الجريمة سبباً في حرمانهم من التمتع بحق كان ثابتا لهم .

- (٥) تعطى المادة السادسة والثلاثون للنائب العمومى الحق في انتداب محامين لمباشرة اختصاصاته، وهذا نظام انجليزى غير مالوف في بلادنا، ولذلك نتردد في إقراره.
- (١) تنص المادة التاسعة والثلاثون على أن ليس للنائب العمومى أن يأمر بتقتيش مسكن خاص، ولا أن يصدر أمراً بالضبط أو الاحضار، ولا أن يحلف اليمين. وهذا النص يقرر الفصل بين سلطتين، سلطة التحقيق، وسلطة مباشرة الدعوى العمومية، وقد بين سلطتين، سلطة الأخيرة المنائب العمومي. والنظام المعمول به في المحاكم الأهلية يقضى بأن النيابة تقوم بالتحقيق وبإقامة الدعوى العمومية وبمباشرتها. ووجود فرق بين هذين النظامين (الأهلي والمختلط) في هذه المسالة الممهمة غير محمود، فالأولى إزالته اما بإتباع مبدا عدم المعملان، أو بإتباع مبدا عدم المعال.
- (٧) تنص المادة الواحدة والأربعون على أن للنائب العمومي صفة في أن يقيم على الأفراد أية دعوى مدنية لازمة لحماية حقوق متعلقة بعامة السكان، أو بطائفة من الأفراد غير المعينين تجمعهم مصلحة مشتركة غير المعينين تجمعهم مصلحة مشتركة غير تعاقدية، كما لم حق التدخل في أية دعوى مدنية قائمة بين الأفراد على جقوق من النوع المنكور في الفقرة السابقة. وهذا النص يقرر حكما جديداً لم يقرره التشريع المصرى حتى الآن، ونحن نرى هذا الحكم مفيداً ونقره، على أن يكون استعمال النائب العمومي لهذا الحق مقيداً بإذن من وزير الحقانية، لأن طبيعة الدعاوي المنكورة في النص تقتضي أن يكون ليسلطة التنفيذية رأي فيها. ومن فوائد هذا النص حماية الجمهور من تعسف شركات الاحتكار، إذ يتيسر للنيابة العمومية المختلطة رفع الدعوى المدنية على هذه الشركات. وحبذا لو أعطى للنيابة العمومية الأهلية إذا المحتكم الأهلية إذا التخت الحال ذلك.
- (٨) تنص المادة الواحدة والخمسون على أن المحاكم هي التي تفصل
 في أمر اختصاصها . ويقول الأستاذ عبد العزيز فهمي باشا تعليقاً على

هذه المادة (أنظر ملحق المحاماة المشار اليه ص ٢٢) وهذا مبدا في غاية الخطر، إذا أعطى هذه المحاكم سلاحاً تسلب به ما تشاء من اختصاص المحاكم الوطنية ، ويكون عملها قانوناً واجب الاحترام بدون رقيب عليه فيه ولا عتيد . نحن نفهم أن كل محكمة حرة في الحكم في مسائل الاختصاص ، ولكن نعرف من جهة أخرى أنه متى وجد في بلد قضاءان من نوعين مختلفين يتنازعان الاختصاص فلابد من وجود محكمة للفصل بينهما ، حتى لاتتعدى إحداهما على الأخرى . أما إعطاء إحداهما بالنص الصريح حق التحكم في الأخرى فهذا ما لم يقل به أحد ، بل هو ما الشذوذ التشريعي الذي لايطاق ،

وقد جاء في المذكرة الايضاحية للمشروعات ما يأتي ، وقد اقترح مراراً إنشاء محكمة عليا في مصر ، والمشروعات الحالية لاتنص على إنشاء مثل هذه المحكمة وأهم حجة استند عليها في تأييد أقتراح إنشاء محكمة عليا هو الشعور لضرورة إنشاء محكمة تختص بالفصل في تنازع الاختصاص بين المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية . ويجوز أن تنعقد بهيئة محكمة نقض للمحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية على السواء . حتى تحقق بقدر الامكان الانسجام بين أحكام هاتين الهيئتين القضائيتين ، غير أن مشروعات إعادة تنظيم المحاكم المختلطة لايقصد بها أن تمس نظام الححاكم الأهلية على إنشاء محكمة علما ، .

وما جاء في المذكرة الايضاحية صحيح إذا كان المراد من المحكمة لعليا أن تكون محكمة نقض للمحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية ، اما إذا كان المراد منه أن تكون محكمة للفصل في تنازع الاختصاص بين الهيئتين القضائيتين فلا يمكن الاعتراض على إنشاء محكمة كهذه ، ولا يمكن أن يقال أن إنشاءها يمس نظام المحاكم الأهلية ، بل هو يحمى المحاكم الأهلية من أن تغير المحاكم المختلطة على ختصاصها، ولذلك نرى ضرورة النص على إنشاء هذه المحكمة .

(٩) تقضى المادة التاسعة والخمسون بأن الملك يحتفظ بحق العقو الثام أو الجزئى وبحق تخفيف العقوبة ، ولا يمنح العقو ولا تخفيف العقوبة الا بعد أخذ رأى وزير الحقائية ، ولكنهما يمنحان في حالة الأجنبي بناء على توصية المندوب السامي ، وكل حكم بالاعدام يعرض

على الملك قبل تنفيذه، ولا ينفذ مثل هذا الحكم على أجنبي الا بموافقة المندوب السامي، وجاء في المنكرة البريطانية ما يأتي: « أما في حالة العفور أو التخفيف من عقوبة صادرة على الأجانب، وفي حالة تنفيذ حكم الاعدام فيهم، فأن وزير الحقائية يستشير المستشار القضائي ما دام هذا الموظف باقياً ، وذلك قبل تقديم مشورته الى الملك ، . فكل ما حدث من التعديل أن المستشار القضائي حل مجل المندوب السامي. ونحن لانري معنى لهذه الضمانة الزائدة عن الحاجة بالنسبة للأجانب، بعد أن تمتعوا بكل الضمانات المعقولة: قضاتهم أجانب في أغلبيتهم، والعدول كذلك، واجراءات التحقيق لوحظ فيها رعاية حق المتهم وإعطاؤه كل فرصة للدفاع عن نفسه . أبعد كل هذه الضمانات إذا صدر حكم بالأعدام على مجرم يجب الرجوع في تنفيذه الى المستشار القضائي؟ وكيف يتحدد تدخل هذا المستشار في أعمال القضاء؟ كذلك لا يجوز العفو عن اجنبي، أو تخفيف عقوبة صادرة عليه ، الا بعد الرجوع الى ذلك الموظف الكبير ، اليس معنى نلك تعويد الأجانب على أن يروا المستشار القضائي ملاذهم الأعلى وحاميهم من سطوة القضاء العادل؟ بل قد يرون فيه هيئة استئنافية عليا. مشرفة على كل درجات القضاء الذي يخضعون لاختصاصه. وليس للمستشار القضائي الأن شيء من هذه السلطة ، فكيف تعطيها له في الوقت الذي نبادي فيه بوجوب استرجاع الدولة المصرية لسيادتها في القضاء. الأولى إذا حذف هذا النص الذي لايمكن تعليله الا بأنه أثر من آثار دعوى بريطانيا العظمى حمايتها للأجانب في مصر، وهذه دعوى لايجوز ان تقرها مصر في المعاهدة المزمع عقدها بينها وبين بريطانيا كما سبق ان اشرنا الى ذلك.

(۱۰) تنص المادة الستون على أن تنشأ لجنة لوائح مشكلة على الوجه الآتى رئيس محكمة الاستئناف وثلاثة من مستشارى محكمة الاستئناف لمدة سنة ، وعضو لمدة سنة ، وعضو لمدة سنة ، واحد المحامين ينتخبه مجلس النقابة لمدة سنة ، وعضو يعينه وزير الحقائية ، ويشترط لصحة انعقاد هذه اللجنة حضور خمسة من اعضائها على الأقل ، وتنص المادة الواحدة والستون على أنه يجوز لوزير الحقائية ، بناء على اقتراح لجنة اللوائح ، أن يصدر بقرار وزارى لوائم قضائية عامة في المواد الآتية .

(١) مسائل الاجراءات المدنية والجنائية.

(ب) تنظيم أعمال المحاكم وترتيب إدارتها الداخلية. ولا يجوز أن تتعارض هذه اللوائح مع نص فى القانون، ومع ذلك فالى أن تصدر قوانين المرافعات المدنية والجنائية الجديدة، يجوز لمجلس الوزراء، بناء على اقتراح اللجنة، أن يصدر لوائح قضائية خاصة بهذه المواد يكون فيها خروج على التشريع الحالى.

ونجن نكتفى هنا بتعليق الأستاذ عبد العزيز فهمى باشا على هاتين المابتين (أنظر ملحق المحاماة صر ٦١ ـ صر ٦٢).

اونلاحظ على هاتين المادتين.

اولا: أنه مع سمة اختصاص هذه اللجنة فإنها مكونة من تسعة أعضاء، قد لايكون بينهم وطنى الا مندوب وزير الحقانية، وهذا غير مقبول أصلا فعلى فرض بقاء مثل هذه اللجنة يجب أن يتقرر أن تكون غالبيتها من الأعضاء الوطنيين.

شانها: إذا جاز لهذه اللجنة أن تضع لوائع للنظام الداخلي وسواه غير مخلة بالقوانين، وجاز لوزير العقانية أن يصحر هذه اللوائح، فكيف يجوز لها أن تتدخل في مسالة التشريع في المرافعات المدنية والمرافعات الجنائية، وأن يكون تشريعها قانوناً متى أقره مجلس الوزراء؟ أن مسائل التغنين في البلاد لايصبح بحال من الأحوال أن ترجع لغير سلطة البرلمان المصرى، والا يصدر أي قانون إلا بعد تمحيصه بمعرفة نواب الأمة، وعلى ملاً منهم، كفانا ما جرته علينا سلطة الفرد وتشريعه في الخفاء أن نفس مشروع الاتفاق الذي وضعته لجنة ملنر يلاحظ فيه أن كل تشريع في مصر راجع للبرلمان المصرى، وسار على الأجانب ما لم تحصل معارضة من ممثل دولة أنجلترا. فأن فرض بقاء لجنة اللوائح المذكورة، فمع القيد الذي أشرنا اليه أولا، ينبغي ألا يكون من عملها سوى أماني تضمها ثم تعرضها على وزير الحقانية، والحكومة تعمل بها مشروع قانون، يعرض على البرلمان ليقره أو يعدله أو برفضه؛

 (ب) القائمون بالقضاء في المحاكم المختلطة الجديدة وعمال هذه المحاكم.

وسقت مشروعات سنة ١٩٣٠ من اختصاص المحاكم المختلطة توسيعا كبيرا، وجعلتها تلتهم اختصاص المحاكم القنصلية وشيئا من اختصاص المحاكم الأهلية، فنبهنا الى وجوب الاحتفاظ باختصاص المحاكم الأهلية كاملا، لأن هذه المحاكم هى المحاكم العامة للبلاد، فيجب التوسيع في اختصاصها لا الانتقاص منه، والآن نتعرض لموضوع آخر، فأن مشروعات سنة ١٩٣٠، بعد أن وسعت في اختصاص المحاكم المختلطة على النحو المتقدم، قيدت سلطة الحكومة المصرية فيما يتعلق بالقائمين بالقضاء في هذه المحاكم وبعمالها من وجهين، أولهما من حيث الجنسية، والثاني من حيث التعيين.

الله الله المؤلفة المؤلفة الثالثة والأربعون من المادة الثالثة والأربعون من المشروع الأول على أنه يحتفظ للأجانب بالمراكز والوظائف الآتية ·

- (١) مركز رئيس محكمة الاستثناف وكل من المجاكم الكلية.
 - (٢) مركز النائب العمومي.

(٣) وظائف قضاة المحاكم الجزئية وقضاة المواد المستعجلة . ونصت المادة الرابعة والأربعون من المشروع نفسه على أنه عند تاليف دائرة من ثلاثة قضاة أو أكثر تكون الأغلبية من القضاة الأجانب (وقد قبل اقتراح لهذا الأجانب من أن الأغلبية على الأقل تكون من الأجانب) ، ويقوم بوظيفة قاضى التحقيق قاض أجنبي . ونصت قاضى التحقيق قاض أجنبي . ونصت أمادة الخامسة والأربعون على أن يكون كل العدول في محكمة الجنايات أجانب إذا كان كل المتهمين أجانب ، وفي جميع الأحوال يكون أحد العدول من جنسية المتهم ، ولايجوز أن يكون أكثر من واحد من جنسيته (وقد قبل القتراح لجنة الأجانب القاضي بأن يكون نصف عدد العدول من جنسية واحدة عبسية أحد العدول ، ولايجوز أن يكون أكثر من أننين من جنسية واحدة جنسية أحد العدول ، ولايجوز أن يكون أكثر من أننين من جنسية واحدة عبد العدول ، ولايجوز أن يكون أكثر من أننين من جنسية واحدة يكون فيها المتهمون من جنسيات مختلفة) . ونصت المادة ٦٠ على أنه يكون فيها المتهمون من جنسيات مختلفة) . ونصت المادة ٦٠ على أنه يكون فيها المتهمون من جنسيات مختلفة) . ونصت المادة ٦٠ على أنه بكون فيها المتهمون من جنسيات مختلفة) . ونصت المادة ٦٠ على أنه بكون فيها المتهمون من جنسيات مختلفة) . ونصت المادة ٦٠ على أنه بكون فيها المتهمون من جنسيات مختلفة) . ونصت المادة ٦٠ على أنه بكون فيها المتهمون من جنسيات مختلفة) . ونصت المادة ٦٠ على أنه بكون فيها المتهمون من جنسيات مختلفة) . ونصت المادة ٢٠ على أنه بكون فيها المتهمون من جنسيات مندائح الأجانب ، وكذلك .

فيما بتعلق بأوامر تفتيش مسكن خاص لأحد الأجانب، ألا أنه في حالة التلبس بالجريمة، أو في الأحوال الأخرى التي يقرها القانون، يكون للأجنبي المقبوض عليه بغير أمر من القاضي الحق في أن يحال بدون إيطاء، وعلى الأكثر في ظرف ٤٨ ساعة من وقت ضبطه، إلى قاض اجنبي، بحيث إذا مضت هذه المدة وجب اطلاق سراحه، ونصت المادة السابعة والأربعون على أنه في محافظات القاهرة والاسكندرية وقناة السويس، وكذلك في مركز الرمل وفي المدن التي توجد بها محكمة جزئية، يوكل تنفيذ الأوامر المنصوص عليها في المادة السابقة، وكذلك كل اجراءات التنفيذ الأجاب التاس المناص، أو موظفين قضائيين اجانب، أو إلى أي توظف أخر يعينه بالاسم قاض أجنبي.

هذه مجموعة من النصوص تجعل المحاكم المختلطة محاكم اجنبية مغرقة في اجنبيتها ، مهما قبل في وصف انها مصرية من الوجهة النظرية المحضة . الأغلبية على الأقل في الدوائر تكون من القضاة الأجانب اي لايوجد ما يمنع من أن يكونوا كلهم أجانب . رئيس محكمة الاستئناف ورؤساء المحاكم الكلية أجانب . النائب المعومي أجنبي . القضاة الجزئيون وقضاة الأمور المستعجلة وقضاة التحقيق أجانب . اغلبية العدول في محاكم الجنايات أو كلهم أجانب . لايجوز أن يصدر أمر الاحضار أو الضبط أو التقتيش على أجنبي الا من قاض أجنبي ، ولايجوز أن ينفذ هذا الأمر الاموظفون قضائيون أجانب . ماذا بقي إذاً للمصريين في هذه المحاكم ؟ أن تصدر الأحكام باسم الملك ، وأن تجلس أقلية ضئيلة من القضاة المصريين ، إذا سمح بنك ، بجانب هذه الأغلبية المطلقة من القضاة الأجانب .

هذا ما لايمكن التسليم به ، بل هذا هو أسوا حالا مما نحن عليه الأن ، فليس في الامتيازات الأجنبية ما يحتم على حكومة مصر تميين أجانب بين رجال البوليس ، وليس في اتفاقية المحاكم المختلطة ما يوجب على الحكومة أن تمين أجنبياً في وظيفة النائب المعومي ، وإن كانت قد فعلت نلك فلم يكن هذا خاضماً لالتزام قانوني ، وليس في نظام المحاكم المختلطة ما يستلزم أن يكون القضاة الجزئيون وقضاة الأمور المستعجلة اجانب. ومع ذلك درى مشروعات سنة ١٩٢٠ تحتفظ للأجانب بهذه الوظائف. كنا نحسب اننا نسير إلى الامام في تخفيف وطأة الامتيازات الأجنبية، فإذا ينا نخطو الى الوراه، ونعطى للأجانب امتيازات جديدة لم تكن لهم من قبل، ولا يمكن أن يحمل رضاؤنا بذلك الأعلى أننا عابثون.

لاشك في أنه من الواجب على المفاوض المصرى الا يقبل شيئاً من سلسلة القيود التي ذكرتها النصوص المتقدمة. ويجب على العكس أن ينص صراحة على جواز أن يكون رئيس محكمة الاستئناف ورؤساء المحاكم الكلية مصربين، وكذلك النائب العمومي، والقضاة الجزئيون وقضاة الأمور المستعجلة وقضاة التحقيق. وإذا لم يشعر القاضي المصرى ، الذي يجلس الى جنب القاضي الأجنبي ، بالتساوي المطلق بينه وبين زميله، فكيف يمكن أن ينتظر منه تأدية وظيفته بما يجب لها من كرامة وإباء؟ وهل تكون وظيفة القضاء في المحاكم المختلطة، بالنسبة للمصريين المعرومين من أن يكونوا رؤساء محاكم، والذين لايوثق بذمتهم أو بكفايتهم ألى الحد الذي يسمح لهم بالجلوس للحكم منفردين كقضاة جزئيين أو قضاة أمور مستعجلة ، هل تكون وظيفة القضاء بالنسبة لهم الا نوعاً من انواع التقاعد ، يتلمسه من يؤثر الراحة والسكون والدعة ؟ والافسادا يفعل القاضي المصرى، وأي أثر جدى يمكن أن يكون له في هذه المجاكم، إذا كان مقدراً عليه الا يكون الا عضواً في دائرة يكون فيها الأقلية دائماً ، كانه لايجلس للقضاء في بلاد مصرية وفي محاكم مصرية؟ هل من العدل أن تكون أغلبية القضاة أجانب في هذه المحاكم التي توصف بأنها مصرية ؟ والتي إذا عد المتقاضون الذين يتحاكمون اليها كان نصفهم على الأقل من المصربين؟ وما معنى أن تكون العدول جميعهم أجانب إذا لم يكن بين المتهمين مصرى؟ اليست الجريمة قد وقعت في أرض مصرية ، وقد يكون المجنى عليه فيها مصريا؟ ألا يهم الدولة المصرية أن يعاقب المجرم ولو كان أجنبياً ؟ وما الفرق إذاً بين المحاكم القنصلية التي يراد إلفاؤها وبين هذا النظام المقترح؟

نحنى نرى أنه إذا لم تحنف هذه النصوص من المشروعات، وينص على عكسها، كان هذا تفريطا من المفاوض المصرى لايفتقر، إذ أن الواجب علينا هو أن نسعى في تمصير المحاكم المختلطة بقدر المستطاع، فلا تقتصر مصريتها على قشرة من الرسميات والأشكال، بل يجب ان تجاوز ذلك الى اللباب والصعيم. أما الذي تنص عليه المشروعات فهذه محاكم أجنبية فعلا، لافرق بينها وبين المحاكم القنصلية، إلا في انها - مصرية من حيث الشكل لا من حيث الجوهر.

ثانيا: من حيث التعيين ولا يقتصر الأمر في هذه المشروعات على أن تكون الأغلبية المطلقة من القضاة اجانب، بل أن تعيين جميع القضاة ورجال النيابة الأجانب وترقياتهم يجب أن يؤخذ فيه راى المستشار القضائي. وقد نصت المادة الأولى من المشروع نمرة ٣ على المستشار القضائي. وقد نصت المادة الأولى من المشروع نمرة ٣ على يصدر بناء على طلب وزير الحقانية وموافقة المندوب السامى. ونصت المادة الثالثة من المشروع نفسه على أن ترقية قاض من المحكمة الكلية إلى محكمة الاستثناف، وكذلك تعيين قاض في وظيفة رئيس أو وكيل وكيل محكمة كلية أو محكمة الاستثناف، وهو من قبيل الترقية، تحصل بحرسوم يصدر بناء على طلب وزير الحقانية وبموافقة المندوب السامى المستشار وفي المقترحات البريطانية الحالية استبدل بالمندوب السامي المستشار وقيين مادام باقياً شأن عمين القضائي مادام باقياً شأن مادام باقياً شأن تعيين القضائي مادام باقياً شأن تعيين القضائة الجانب في المحتلم المختلطة وتعيين رجال النبابة الإجانب إذا لزم ع

فما شأن المستشار القضائي في تعيين القضاة الاجانب، ولماذا نثبت له هذا النوع من الأشراف على المحاكم المختلطة، ونجعل أمر تعيين القضائه في يده، وقد عرفنا من تجربة الماضي معنى داخذ راي المستشار ع، معنى ذلك إلزام الحكومة المصرية باتباع هذا الراي، ومعنى هذا الازام أن الغالبية من القضاة الاجانب يكونون بطبيعة الحال انجليزا، والاقلية من الاجانب التي لا تكون من الانجليز يكون أمر تعيينها في يد المستشار فهي خاضعة لنفوذه، ومعنى ذلك أخيراً تركيز الامتيازات الأجنبية التي كانت موزعة بين عدد كبير من الدول في يد دولة واحدة هي انجلزا، وها هو المستشار القضائي يشرف على القضاء، من حيث تعيين المقضاة، ومن حيث تعيين ألقضاة، ومن حيث تعيين عدد كيد على العفود عن المجرمين، ومن حيث

تنفيذ احكام الاعدام. اليس معنى نلك ان انجلترا هى حامية الاجانب فى مصر، فهى تسجل لنفسها نلك، ونحن نعترف به طائمين مختارين؟

إذا عجزت الحكومة المصرية في مفاوضاتها مع الدول ذوات الامتيازات عن أن تطلق لنفسها الحرية التامة في انتقاء القضاة الأجانب، فلا أقل من بقاء الحال على ما هي عليه الآن . وإذا كان توسيم اختصاص المحاكم المختلطة يقضى بزيادة عدد القضاة، فلتزد بالنسبة الموجودة الآن بين كل نسية و أخرى ، وبالنسبة الموجودة بين الأجانب والمصريين ، وليكن تعيين القضاة الجدد من الأجانب في يد الحكومة المصرية، بعد الاستثناس بطريقة غير رسمية برأى الحكومة التابم لها القاضي الأجنبي المراد تعيينه. ولتكن الترقية الى وكيل أو رئيس الجمعية العمومية للمجكمة ، كما هو الأمر الآن ، أما النائب العمومي فيجب أن تكون الحكومة المصرية حرة في تعيينه هو وجميم رجال النيابة كما ترى، فهو أقرب للسلطة التنفيذية منه الى السلطة القضائية ، لاسيما وقد نزعت منه سلطة التحقيق كما تقضى بذلك المشروعات. وإذا كان من المرغوب فيه في أول عهد الاصلاح أن يكون هذا النائب أجنبياً، حتى تطمئن الاجانب لهذا التغيير الجديد الذي يلغى محاكمها القنصلية، فلا معنى للنص على ذلك في المعاهدة، حتى لاتتقيد مصر بذلك دائماً، بل بترك الأمر للظروف، فمتى حان الوقت الملائم أمكن الحكومة المصرية أن تعين مصرباً في وظيفة النائب العمومي ، دون أن تكون مقيدة بنص يتعارض مع ذلك . أما رجال النيابة عدا النائب العمومي وسيزيد عددهم كثيراً بعد أن يتقرر للمماكم المختلطة هذا الاغتصاص الجنائي الواسع فيجب أن يكونوا جميعاً منذ الآن من المصريين.

ليس لنا بعد ذلك على المشروع نمرة T الا ملاحظات تفصيلية لا محل هنا للاسهاب فيها ويكفى أن ننكر أن رؤساء المحاكم الكلية ورئيس محكمة الاستثناف أعطوا في هذا المشروع سلطة واسعة في نقل القضاة ونديهم وتاديبهم وتسيير دفة الأمور (أنظر المواد t و t و t و t و t و t و t و t و t و t و t و t و t و t و t و t و t و t و t و انتقاص من مبدأ محترم في دوائر القضاء من أن جمعيات القضاة عي الحاكم،

المختلطة (أنظر أثر أبعاد إشراف وزير الحقائية في المادتين ٤٦ و ٢٠). ونشير أيضاً الى وجوب تقوية العنصر المصري في بعض المجالس، كمجلس تأديب أعضاء النيابة (أنظر المادة ٦١)، ومجلس تأديب المحامين (أنظر المادة ٧٩).

كذلك نلاحظ وجوب تقوية العنصر المصرى بين الكتبة والمترجمين والمحضرين وغيرهم من عمال المحاكم المختلطة ، فإن هذا العنصر يكاد يكون معدوماً الآن ، ولتقويته أهمية كبرى من الوجهة العملية بالنسبة للمتقاضين المصريين ، يعرفها كل من يتردد على المحاكم المختلطة (انظر ملاحظات الأستاذ عبد العزيز فهمي باشا في هذا الأمر على المشروع نمرة ٣ في ملحق المحاماة ص ٣ ٣ - ص ٣ ؟).

ثالثاً _ الإدارة

من شأن المقترحات البريطانية ومشروعات سنة ١٩٣٠ أن تقيد الادارة المصرية- تبعاً لتعديل نظام الامتيازات الأجنبية- فيما يأتى:

- (١) البوليس المصرى وإدارة الأمن العام.
 - (٢) ابعاد الأجانب.
- (٣) تسليم المجرمين الفارين الى حكوماتهم.
 - (٤) وجود المستشارين المالي والقضائي.

أ - البوليس المصرى وإدارة الأمن العام:

سبق أن أشرنا إلى أن المادة السابعة والأربعين من المشروع الأول من مشروعات سنة ١٩٣٠ تقضى بأن يوجد ضباط أجانب في البوليس المصرى أو موظفون قضائيون أجانب، وذلك في جهات معينة منها القاهرة والاسكندرية، لتنفيذ أو أمر الضبط والاحضار والتفتيش الصادرة ضد أجنبي.

وتأييداً لذلك ورد في المذكرات الملحقة بالمقترحات البريطانية ، ضمن مذكرة مصرية ، ما يأتي : «انتهز هذه الفرصة لأبلغ سعادتكم أن الحكومة المصرية تنوى الغاء الادارة الأوربية بإدارة الأمن العام ولكن عملا بالتمهد الذي تنطوى عليه الفقرة (٦) من الاقتراحات ستحتفظ الحكومة المصرية ، لمدة خمس سنوات على الأقل من بده تنفيذ المعاهدة العبنية غلى الاقتراحات، بعنصر اوربى ببوليس المدن، يبقى طوال تلك المدة تحت قيادة ضباط بريطانيين، فإذا رغبت الحكومة المصرية في المستقبل في إعادة تنظيم قوة البوليس فيسرني أن اعلم هل نستطيع أن نعتمد على مساعدة حكومة جلالته البريطانية في هذه المهمة ،، وتجيب منكرة بريطانية بما يأتى: «أن حكومة جلالته البريطانية بالمملكة المتحدة قد علمت مع الارتباح أنه عملا بالتعهد الذي تنطوى عليه الفقرة ، من الاتراحات ستحتفظ الحكومة المصرية بعد الغاء الادارة الأوربية بإدارة الأمن العام، لمدة خمس سنوات على الأقل من بده تنفيذ المعاهدة المبنية على الاقتراحات، بعنصر أوروبي ببوليس المدن، يبقى طوال تلك المدة تحت قيادة ضباط بريطانيين، فإذا رغبت الحكومة المصرية في المستقبل في إعادة تنظيم قوة البوليس فيها فإن حكومة جلالته البريطانية تكون معبدة أن تعيرها أفراداً خبيرين أو بعثة من البوليس، كما فعلت مع بلاد اخرى رغبت في إعادة تنظيم قوات بوليسها ».

يتبين مما تقدم أن المعروض على مصر هو أن تلفي الادارة الأوربية للأمن ألعام . على أن يستبدل بها قوة من البوليس أوربية تحت قيادة ضباط بريطانيين ، لمدة خمس سنوات على الأقل من بده تنفيذ المعاهدة ، وإذا أرادت مصر اصلاح البوليس قلها أن تعتمد على انجلترا في ذلك . ومن هذا نرى أن مصر تكون مقيدة في بوليسها بوجود قوة أجنبية وقيادة ضباط بريطانيين مدة معينة .

وقد سبق أن أشرنا إلى أن الامتيازات الأجنبية نفسها لاتسوغ وجود قوة أجنبية في البوليس المصرى. ونضيف هنا أن الموظفين الأوروبيين الحاليين في البوليس وإدارة الأمن العام هم ،كما لاحظ بحق المرحوم ثروت باشا ، كفيرهم من الموظفين الأجانب ، ينطبق عليهم القانون رقم ٢٨ سنة ١٩٢٣ ، يعطون تعويضات ويخرجون من خدمة الحكومة (انظر الوثيقة رقم ٢٠ من الكتاب الأخضر للمرحوم ثروت باشا) ، وعلى ذلك يكون للحكومة المصرية أن تتخلص من الموظفين الأجانب في البوليس ، ومن الادارة الأوربية بإدارة الأمن العام ، دون أن تدفع ثمناً لذلك أكثر من التعويضات المستحقة لهولاء الموظفين، ولا حاجة لأن تتقيد الحكومة في نظير ذلك باستبقاء قوة من البوليس اجنبية خمس سنين.

وإذا كان لابد من قبول هذا النص ، فلا أقل من أن يكون هذا مقترناً بالتحفظات الآتية :

- (١) تحدد المدن التي يكون فيها بوليس أوربي، ويحسن الاقتصار على القاهرة والاسكندرية والمنصورة وبور سعيد.
- (۲) لاترتبط هذه المسالة بالفقرة السادسة من المقترحات حتى لاتكون هناك علاقة بين مسئولية مصر عن مصالح الأجانب ومسألة استبقاء بوليس أوربي
- (٣) لامعنى للنص على أن انجلترا مستعدة لتنظيم البوليس المصرى، كما فعلت مع بلاد آخرى، ذلك لأن مصر إذا أرادت شيئاً من ذلك في المستقبل فلا يوجد ما يمنعها من هذا، ولا حاجة للنص عليه مقدماً، والا اشتم منه لاائحة الالزام لا الاختيار، ولا تظن أن البلاد الأخرى التي تشير إليها المذكرة البريطانية قد تعاقدت مع أنجلترا على أن تستقدم بعثة انجليزية لاصلاح بوليسها قبل قدوم هذه البعثة بسنين.

٢ ـ ابعاد الأجانب:

هل لجهة الادارة في مصر الآن الحق في ابعاد الأجانب غير العرغوب فيهم عن البلاد المصرية ، دون الرجوع في ذلك الى اية جهة قضائية ؟ تحكم محكمة الاستئناف المختلطة بأن لها هذا الحق ، دون أن يكون في ذلك الخلال بالامتيازات الأجنبية ، لأن الابعاد ليس عقوبة جنائية ، وما دام لايتمضن خرقا لحرمة المسكن ، فالحكومة تملكه ، باعتباره من قوانين البوليس والأمن العام ، التي يخضع لها كل المقيمين بأرض مصر من مصريين وأجانب (انظر على سبيل المثال الحكم الصادر في ٥ يناير سنة ١٨٨٧ مجموعة رسمية ٧ ص ١٦ - والحكم الصادر في ٨ يناير سنة ١٨٩٧ مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٤ ص ٢٧٠) .

ومع أن حق أبعاد الأجانب حق ثابت لجهة الادارة، لاتؤثر فيه الامتيازات الأجنبية كما تقول محكمة الاستثناف المختلطة، نرى أن المواد ٢٨_ ٣٥ من المشروع نمرة ٢ تقضى بجعله من اختصاص المحاكم المختلطة الجديدة . فتنص المادة ٢٨ على أنه إذا ثبت وجود اسباب معقولة لأن يخشى من أجنبي أن يكون على وشك الاخلال بالأمن العام . أو أن تكون أعلى بغض على الاخلال بالأمن العام . أو أن تكون أعلى المحكمة ، بناء على طلب النائب العمومى ، إذا رأت ذلك ، أن تحضر الأجنبي امامها ، وتأمره بتقديم كفالة كافية تضمن عدم أخلاله بالأمن العام أو حسن سلوكه مستقبلا حسب الأحوال . وتنص العادة ٢٩ على أنه متى على الجنبي لجريمة ، يجوز المحكمة التي حكمت عليه أن تلزمه ، بناء على طلب النائب العمومى ، إذا رأت ذلك ، فضلا عن كل عقوبة أخرى ، على طلب النائب العمومى ، إذا رأت ذلك ، فضلا عن كل عقوبة أخرى ، منه الكفالة تراها المحكمة كافية لضمان حسن سلوكه مستقبلا . وتنص أمنه الكفالة بتقديمها ، أو إذا استعر بعد تقديمها ، وأثناء المدة المقدمة عنها الكفالة ، على الأخلال بالأمن العام ، أو على سوء السلوك ، فيجوز عنها الكفالة ، على الأخلال بالأمن العام ، أو على سوء السلوك ، فيجوز للمحكمة و أتمر بابعاده من القطر المصرى . وتنص العادة ٢١ على أن هذه الإجراءات تعتبر اجراءات جنائية ، والأمر بتقديم كفالة يعتبر حكما بتوقيع عقوبة . ، ,

فهل يراد من هذه النصوص أن يسلب من جهة الادارة حقها في ابعاد الأجانب، ذلك المق الذي لم تصبه الامتيازات الأجنبية ؟ أن في هذا توسيعاً للامتيازات لا تضبيقاً لها . ونحن نرى وجوب النص على أن حق المحاكم المختلطة في الحكم بابعاد الأجانب لايمس ما لجهة الادارة من الحق في هذا دون الرجوع الى القضاء . ويقول الأستاذ عبد العزيز فهمي باشا في هذا الموضوع (أنظر ملحق المحاماة ص ٦٨) : ولن كان لابد للأجانب من ضمانه في هذا الصدد فلا بأس من اعطائهم الشيء المعقول ، كان يكون الطرد بقرار من لجنة مكونة من رئيس محكمة الاستئناف الأهلية و احد الطرد بقرار من لجنة مكونة من رئيس محكمة الاستئناف الأهلية و احد القضاة الأجانب تعينه الجمعية العمومية بالاستئناف سنوياً ثم من وزير الداخلية رئيساً ، بهذه الكيفية يضمن العدل والدقة التامة في القرار الذي يصدر ».

٣ - تسليم المجرمين الفارين (extradition):

تقف سيادة الدولة عند حدود أراضيها ، فإذا ارتكبت جريمة في ارض دولة وفر المجرم الى دولة أخرى ، فليس الدولة الأولى أن تتعقب المجرم خارج حدودها ، ولابد لها من استقذان الدولة التي قر البها المحرم في تسليمه اليها ، فإذا فعلت سمى هذا بتسليم المجرم الفار (extradition) ، وهى تفعل في الغالب ذلك بمقتضى معاهدة بينها وبين الدولة الأخرى أو بمقضتى قانون داخلى ، والذي يلاحظ عادة في هذه المعاهدة أو في هذا القانون أن المجرم الفار لا بسلم في جريمة سياسية أو في جريمة تافهة أو لدولة لاتعترف من جانبها بتسليم المجرمين الذين يغرون ألى بلادها . وفي كل هذا يكون للدولة التي تسلم المجرم السلطة التامة في تحديد شروط هذا التسليم وفي إجراءاته ، أما بمقتضى معاهدة كما قدمنا أو بمقتضى قانون .

فإذا طبقنا هذا المبدأ على مصر ، بإعتبار أنها دولة كاملة السيادة ، نتج أن لها الحرية التامة في عقد معاهدات مع الدول خاصة بتسليم المجرمين الفارين الى بلادها ، وأن لها أيضاً أن تنظم هذا الأمر بتشريع داخلي يجوز لها تعديله أوتغييره في أي وقت تشاء . ولم تعس الامتيازات الأجنبية حق مصر في ذلك .

ولكن المشروع نمرة ٢ من مشروعات سنة ١٩٢٠ يضع قيوداً على سيادة مصر في هذا الأمر، إذ ينظم طريقة مفصلة لتسليم المجرمين الفارين الى مصر ، ويجعل للمحاكم المختلطة وللنائب العمومي أمام هذه المحاكم وللمندوب السامي الشأن الأول في ذلك (أنظر المواد ٣٦ ـ ٥٤). فإذا قبلت مصر هذا المشروع تقيدت به ولا تستطيع التغيير فيه ، وأصبح جزءاً من الامتبازات الأجنبية ، مم أن هذه الامتبازات ليس فيها هذا التقييد من سيادة مصر كما قدمنا ، فكأننا نوسم في الامتيازات الأجنبية بدلا من التضييق منها . على أن خطورة الأمر تظهر يوضوح أكبر إذا لوحظ أن الإدارة المصرية تصبح لا سلطة لها ، بموجب هذا المشروع ، في تسليم المجرمين الفارين الى حكوماتهم، ولابد من تدخل المحاكم المختلطة في ذلك، مع أن الحائل دون تسليم المجرم لدولته هو وجوب احترام الدولة التي لجا النها ، فلا نصح أن تكون المحاكم المختلطة هي القيّمة علينا في ذلك، ويجب أن تترك لحكومة هذه البلاد الحرية التامة في تقدير الوسائل التي تتخذها من أجل احترام سيادة الدولة ، إما بعقد معادهات حرة مع الدول التي تختارها ولا تكون هذه المعاهدات جزءاً من الامتيازات الأجنبية ، وإما بعمل تشريع تملك تعديله وتغييره دون أن ترجع في ذلك لغير الهبئة التشريعية المصرية. من اجل هذا نرى حذف النصوص الخاصة بتسليم المجرمين من مشروعات سنة ۱۹۲۰، حتى يكون للحكومة المصرية حقها الطبيعى فى تنظيم هذه المسألة بمعاهدات أو بتشريع كما ترى.

٤ - المستشاران المائي والقضائي:

ترتبط مسألة المستشارين المالي والقضائي بمسألة تعديل الامتيازات الأجنبية من حيث أن وجود هذين الموظفين البريطانيين قصد به أن يكون ضماناً لحسن سير الاصلاحات المزمع الخاله بمناسبة تعديل هذه الامتيازات، وقد جاء في المذكرة الخاصة بهذه المسألة، هي مذكرة صادرة من الجانب المصرى، ما يأتى: وتعلمون سعادتكم أن الحكومة المصرية قد أخذت على عاتقها القيام ببرنامج واسع النطاق للاصلاحات الداخلية ، وأننى أدرك أن هذا العمل سيكون أبعد غوراً وأكثر صعوبة بسبب التعديلات المهمة التي ستبخل على نظام الامتبازات، كما ترمي البه الاقتراحات، وأرى ضماناً لانجاز هذا البرنامج الاصلاحي على وجه يدعو الى الارتياح أن الحاجة ستدعو الى الحصول على أفضل مشورة ممكنة، فأنتهز هذه الفرصة لأبلغ سعادتكم أن في نية الحكومة المصرية أن تحتفظ بخدمة بريطانيين في منصبي مستشار مالي للحكومة المصرية ومستشار قضائي لوزارة العقانية، وذلك مدى المدة اللازمة لاكمال الاصلاحات المشار اليها، أما اللذان سيشغلان هذين المنصبين في المستقبل فستختارهما الحكومة المصرية بالاتفاق مع حكومة جلالته الامبراطورية بالمملكة المتحدة ، و بعثان كمو ظفين مصر بين من قبل الحكومة المصرية ه .

وقد جرى مشروع شاعبرلان- شروت على هذه الخطة ايضاً من جعل مسألة المستشارين بعيدة عن صلب المعاهدة، اكتفاء بأن تتضمنها ملحقات تالية (انظر ملحق ٢ (١ و ب) من الكتاب الأخضر للمرحوم شروت باشا).

واهم ما يتوجه اليه النظر بشأن هذين المستشارين أن مهمتهما غير محددة، والمفهوم من المنكرة التي نحن بصددها أنهما سيوظفان في الحكومة المصرية للحصول منهما على أفضل مشورة ممكنة بشأن الاصلاحات الدلفلية والقضائية التي تزمع الحكومة إجراءها، وأنهما سيمكنان في خدمة الحكومة مدى المدة اللازمة لاكمال الاصلاحات الشفار البها،

وإذا كان لابد من استبقاء موظفين بريطانيين بهذا الاسم، فيجب ان يكون ذلك بتحفظات أربعة، حتى لايكون هناك مجال لتدخل الانجليز في شؤون مصر الداخلية:

- (۱) لامعنى لضرورة الاتفاق مع الحكومة الانجليزية عند اختيار من سيشفل هذين المنصبين في المستقبل، ما دام الفرض الحصول على مجرد استشارة فنية، وشأن المستشارين شأن كل موظف فني اجنبي تعينه الحكومة المصرية للاستفادة من فنه، وكل ما يمكن أن تسلم به مصر في هذا الأمر هو أن تستأنس الحكومة المصرية براى الحكومة الانجليزية في اختيار هذين الموظفين، دون أن يكون هذا الراي ملزماً للحكومة المصرية.
- (٢) يجب تحديد مهمة المستشارين تحديداً دقيقاً، والنص على انها فنية محضة، وإن رايهما استشاري، للحكومة المصرية أن تأخذ به أو لا تأخذ، وأن وجودهما لايخل بالمسئولية الوزارية أمام البرلمان، وأن ليس لهما أن يتدخلا بطريق مباشر أو غير مباشر في شؤون مصر الداخلية، وأنهما يعتبران مرؤوسين لوزيريهما، ولا علاقة لهما بالحكومة الربطانية.
- (٣) يجب أن يحدد الميعاد الذي فيه تستغنى الحكومة المصرية عن خدمة المستشارين، أسوة بتحديد ميعاد قوة البوليس الأجنبية التى سبقت الاشارة اليها، أما الاقتصار على ذكر دمدى العدة اللازمة لاكمال الاصلاحات ، ففيه غموض ولا يعلم متى يمكن القول بأن هذه الإصلاحات قد تمت. والأمل أن تحدد العدة بخمس سنين مثلا من وقت نفاذ تعديل الامتيازات الأجنبية، وإذا لم توفق الحكومة المصرية إلى الحصول على هذا التعديل في الوقت المناسب، فتحدد المدة بعشر سنين مثلا من وقت نفاذ المعاهدة.
- (٤) إذا حصل خلاف بين الحكومة المصرية والحكومة الانجليزية بشأن هذين المستشارين ، من حيث تعيينهما ، أو من حيث اختصاصاتها ، أو من حيث امكان الاستفناء عنهما ، أو غير ذلك من الأمور المتعلقة بهما ، حل هذا الخلاف بطريق التحكيم امام محكمة العدل الدولية . نقول ذلك لأن الظاهر أن المقترحات البريطانية لاتجعل مجالا للتحكيم الا في المسائل

المدرجة في صلب المعاهدة، أما المسائل التي اكتفى فيها بمذكرات فنية خاضمة للتحكيم (انظر الكتاب الأخضر لرئيس الوزارة الأسبق محمد محمود باشا في التطبق على المادة العاشرة وعلى المادة الثانيةعشرة)، ولما كانت مسائلة المستشارين قد وضعت في المهكرات لا في صلب المعاهدة، كان من الواجب إذا أن ينص صراحة على وجوب التحكيم فيها عند حصول الخلاف.

كلمة ختامية

تبين معا تقدم أن مصر، وحالتها الآن غير حالتها في سنة ١٨٧٦ وقت إنشاء المحاكم المختلطة، يحق لها أن تطالب بتحسين نظام الامتيازات الأجنبية تحسيناً كبيراً، إذا تعزر الآن الفاؤ، جملة واحدة: على أن هذا الألفاء، والرجوع الى مبدأ سيادة الدولة المصرية في تشريعها وقضائها وإدارتها، يجب أن يكون هو المطمع الذي تسمو اليه في المستقبل، والذي تمهد له الطريق في الوقت الحاضر.

قد يحق لمصر من الوجهة القانونية أن تطالب من الأن بالغاء الامتيازات الأجنبية ، لأنها انما تقوم على معاهدات بعضها عقد في القرون الوسطى والبعض عقد منذ قرون ، وقد عدلت هذه المعاهدات بادخال نظام المحاكم المختلطة منذ اكثر من نصف قرن . ولا شك أن الظروف في مصر ، من الوجهة الاقتصادية والأدبية والعلمية، ومن حيث تقدم المدنية والحضارة وانتشار النظم القانونية الحديثة وتوطدها ، قد تغيرت منذ نلك الحين تغيراً من شائه ان يجعل هذه المعاهدات العتيقة البلية غير صالحة ا للتطبيق في الوقت الحاضر . وتوجد قاعدة مجترمة في تقاليد القانون الدولى تقضى بأن كل معاهدة تصبح غير صالحة للتطبيق بتغير الظروف التي عقدت فيها يجوز تعديلها أو الغاؤها بعد مفاوضة تجرى بين الدولتين المتعاقدتين، وهذا المبدأ القانوني معروف في كل كتب القانون الدولي واسمة باللاتينية (Rebus sic stantubus) . وهو المبدأ الذي تمسكت به تركيا للوصول الى الغاء الامتيازات الأجنبية في بلادها ، حتى حصلت على اقرار الدول بهذا الالغاء في معاهدة لوزان سنة ١٩٢٣ ، وكان الواجب ان تلغى الامتيازات في مصر تبعاً لالغائها في تركبا ، وهو المبدأ الذي تتبسك بة الصين كذلك ، وقد أعلنت الغاء الامتيازات الأجنبية إبتداء من أول بناس سنة ١٩٣٠ . وها هي الفرس قد الغت الامتيازات الأجنبية في بلادها في أوائل سنة ١٩٢٨ . ومصر مثى اندمجت في عصبة الأمم قوى حقها في المطالبة بتطبيق هذا المبدأ المنصوص علبة صراحة في المادة التاسعة عشرة من ميثاق العصبة ، وهى تقضى بأن للجمعية العمومية لعصبة الأمم أن تنصبح من وقت لآخر أعضاء العصبة أن يعيدوا النظر فى المعاهدات التى أصبحت غير صالحة للتطبيق وفى الاحوال الدولية التى يترتب على استمرارها خطر على سلام العالم.

وقد يكون الأفضل لمصر من الوجهة العملية الا تجتزيء بترقيع نظام الامتيازات، وألا تكتفى بأن تطلب تهذيب هذا النظام، حتى لاتمكنه بذلك من البقاء طويلا، كما لأحظ هذا أحد من يعتد برايهم، فلو بقى نظام الامتيازات الأجنبية في مصر بعيوبه القديمة قبل سنة ١٨٧٦، ولم يدخل نوبار باشا نظام المحاكم المختلطة بقصد تخفيف وطأته، لكان من المحتمل أن مصر والاجانب انفسهم لم يكونوا ليقووا على احتمال هذا النظام الفاسد، وكانت مصر تلفيه جملة واحدة كما فعلت تركيا والفرس والسين، وكان هذا افضل عاقبة وأبلغ أثراً، لكن العمل من وقت إلى آخر على مداراة بعض عيوب النظام من شأنه أن يطيل بقاء هذا النظام الفاسد على اساسه.

قد يكون خيرا لمصر إذاً من الوجهتين القانونية والعطية أن تطالب بالفاء الامتيازات الاجنبية، ولكننا لم نرد أن ننادى بهذا الآن، لا انكاراً لهذا الحق على مصر، ولا خوفاً من أن نتهم بالمغالاة، ولكن تقريباً لشقة الخلاف بين وجهة النظر المصرية ووجهة نظر الدول دوات الامتيازات، وسعيا وراء حل عملى ميسور التطبيق قريب المنال، ونحن فيما اقترحناه من التعديلات لم نكد نجاوز ما كان يطلبه نوبار باشا في سنة ١٨٧٦، أي منذ أكثر من نصف قرن، فلا يجوز إذا التهاون والتقريط من الجانب حتى ينزل الى ما دون هذا الحد.

وهناك من الاقتراحات التي دوناها ما يجب الاتفاق عليه منذ الآن مع انجلزا في المعاهدةالمزمع عقدها ، وذلك كاعتراف بحرية مصر الكاملة في التشريع للأجانب بشأن العقارات الموجودة بمصر وبشأن لوائح البوليس، وكالنص على وجوب التحكيم في كل خلاف ينشأ عن مسائل الامنيازات ، وعلى احترام التقاليد المتبعة حتى اليوم من تعيين قضاة المحاكم المختلطة من جنسيات مختلفة بالنسبة الموجودة الآن بين هذه

المسائل المهمة التي تعرضنا لها في المقترحات البريطانية وفي مشروعات سنة ١٩٢٠ .

وهناك مسائل أخرى آقل أهمية يمكن إرجاوُها الى الوقت الذى تفاوض فيه مصر الدول نوات الامتيازات، فتثار في تلك المفاوضات على اعتبار أنها من التفاصيل القابلة للتعديل.

ويحق لمصر ، وهذا موقفها من الاعتدال ، أن تنتظر من الدول الأجنبية استعداداً حسنا للمفاوضة على الأسس المتقدمة . ولاشك أن عددا كبيرا من هذه الدول لا يحاول أن يوجد صعوبات في طريق الوصول الي حل يوفق بين مطالب مصر العادلة والمصالح الأجنبية المشروعة . فإذا بقى بعد ذلك بعض الدول تأبى على مصر هذا القسط المتواضع من الأصلاح قالأولى أن تتبع نحوه خطة حزم لانجد بدا من اتباعها ، وذلك بأن تلغى الحكومة المصرية نظام المحاكم المختلطة بالنسبة لرعايا هذه الدول، ومن حقها أن تفعل ذلك بشرط أن تعلن عن هذا الألغاء قبل حصوله بسنة، فترجع هذه الرعايا الى نظام المحاكم القنصلية القديم، وفي هذا النظام تكون خسارتهم أملغ من خسارتنا ، إذ أن أكثر من نصف قضاياهم تصبح من اختصاص المجاكم الأهلية باعتبار أن المدعى عليهم فيها مصريون، أما بقية القضايا فتصبح من اختصاص المحاكم القنصلية المختلفة وفي هذا من المشقة عليهم ما لايقل عن المشقة التي يتحملها المصريون. ولا نعتقد أن هذه الدول تصر على موقف مثل هذا ، بل هي ترجع عنه منذ تتبين عزمنا الصادق على المضى في طريق الأصلاح، كما فعلت فرنسا عند إنشاء المحاكم المختلطة ، فقد ترددت كثيرا قبل الموافقة على نظام هذه المحاكم. ولم يخرجها من هذا التردد الا أن رأت الخديوي اسماعيل لايعبا بمعارضتها، ويفتتم المحاكم الجديدة دون أن يكون فيها ممثلون فرنسيون . ومهما نقل البنا من الأخبار عن موقف الحكومة الفرنسية اليوم نحو تعديل الامتبازات الأجنبية، وأنها تعارض في هذا التعديل كما عارضت في مثله سنة ١٨٧٦ ، فإننا نعتقد أن هذه الأخبار مبالغ فيها ، وأن فرنسا لن تقف حجر عثرة في طريق الاصلاح القضائي في مصر، وهي تعلم أن الثقافة الفرنسية كانت النور الذي أنبعث ألى مصر فأضاء جوانبها، فشب هذا الجبل من المصريين على حب فرنسا والتعلق

⁽م- ۱۷ مقالات د . السنهوري جـ ۱)

بها، وهذا ما يجعلنا نعتقد أن هذه الدولة الصديقة لن تدخر وسعاً في إرضاء المصريين والاتفاق معهم على إجابة مطالبهم العادلة. وتفاؤانا من ناحية الدولة الفرنسية يعدل حسن ظننا بالدول الأخرى ذوات الامتيازات، واعتقادنا أن جميع هذه الدول ستقف منا موقف الصديق، ولا تعارض في أمر تعلم أن تحقيقه أصبح محتما وأن عليه تتوقف كرامة مصر، وبه يرتبط كثير من مصالح الدولة. وسترى الدول ذوات الامتيازات أننا عند حسن ظنها بنا، ولا نالو جهداً في صيانة المصالح الأجنبية المشروعة في بلادنا، فقد كان موقفنا حيال الأجانب منذ بدء النهضة المصرية موقف الأصدقاء الكرماء المخلصين.

محلة القضاء

في عهدها الجديد

هذه مجلة القضاء ، في عهدها الجديد ، نتقدم إلى قرائها بين التفاول والأمل . نتفاءل بتلك النهضة المباركة التي اظلت العراق ، وجعلته ركنامن اركان العروبة ، وتأمل أن تسير في الطريق الذي شقته قدماً إلى الأمام ، لا ترجم إلى الخلف ولا تتعثر .

وإذا كان العراق في الماضى مهذا لقانون حمورابي ، ومنارًا لققه ابي حنيفة ، فهو اليوم يتقدم ، ومن وراثة تلك الذكريات المجيدة ، وامامه ذلك الهدف الأعلى ، يطمح في ان يكون له مكانه في النهضة القانونية التي بدت تباشيرها في الشرق العربي .

ومجلة القضاء مظهر من مظاهر اليقظة في العراق، وصفحة من صفحات ثقافتها القانونية . ظهرت منذ عامين ، وبقيت تصدر عامًا وبعض عام . ثم انقطعت عن الظهور فترة قصيرة . وها هي تعود اليوم ، بعد ان ابي وزير العدلية ، وهو الساهر على النهضة القانونية في العراق ، والقائم على حركة الاصلاح التشريعي ، ان يحجبها عن قرائها طويلا .

وهي في عهدها الثاني تتقدم لتقوم بنصيبها في النهضة القانونية ،
وتجتمل قسطها من مسئولية النهوض بالتقافة القانونية في العراق .
ولا يدخر القائمون بأمرها وسعا حتى يجعلوا منها منبرا لأقلام رجال
القانون لا في العراق فحسب . بل في سائر الأقطار العربية والعراق ،
بعد استقلاله ، يستقبل عهداً جديداً في التشريع والتقنين فلا غنى له عن
الاستنارة بأراء الباحثين فيما يهمه من الشئون القانونية والاقتصادية .
ولا غنى للثقافة القانونية في العراق عن حركة فكرية منظمة ، تهب ريحها
عنيفة قوية ، ثم يُنزل غيثها منهمرًا متدفقا .

ويرى القارىء هذا العدد وقد رتبت ابوابه ترتيبا جديدًا . فالباب الأول نشرت فيه طائفة من الأبحاث بأقلام مختلفة . فيها قلم الاستاذ المحقق ، وقد توفر على البحث والدرس حتى نفذ الى الصميم . وفيها قلم المشتغل بالقانون من ناحيته العملية ، فما زال يعالجه بالعران حتى راضه ، واراد القائم على راس مجلس التشريع فى البلاد ان يضم قلمه الى اقلامهم ، وخبرته الناضجة الى خبرتهم ، فحظيت المجلة منه بهذه العناية ، واجتمع رجال الفقه والقضاء والتشريع فى هذا الباب يتعاونون جميعًا ، ويرى القارىء بين يديه ثمرة هذا التعاون .

وخصص الباب الثاني للتعليق على قضاء المحاكم. وقد عنيت المجلة بهذا الموضوع الخطير عناية خاصة. فان التعليق على الأحكام هو الجسر الذي يصل ما بين الفقه والقضاء ويتيح لهما التعاون متصلين متكاتفين.

وخصص الباب الثالث للتعليق على المؤتمرات العلمية والاتفاقيات التي تعرضها عصبة الإمم على العراق للأخذ بأحكامها والمؤلفات القانونية التي تظهر هنا أو في البلاد الاخرى، وقد اربد بهذا الباب أن يكون نافذة للعراق يعلل منها على الخارج، فيشرف على الحركة العلمية من طريق المؤتمرات والمؤلفات، ويتتبع حركة التشريع العالمي من طريق الاتفاقيات.

وجعل الباب الرابع ينتبع فيه القارئ، أهم الحوادث والاخبار في الدوائر القانونية في العراق. فهناك حركة التشريع امام مجلس الامة. وهناك لجان يناط تحضير التشريعات والتقانين، وهناك ثعميمات لوزارة العدلية ذات صبغة تنظيمية، وحركات بين موظفيها القضائيين توليهم صلاحيات جديدة أو تغير من صلاحيتها القديمة. كل هذه أمور يحب المشتفل بالقانون أن يتبعها عن كثب.

وجعل الباب الخامس لنشر قضاء المحاكم في العراق، على مختلف انواعها ودرجاتها، وقرارات دائرة التدوين، وقضاء مجلس الانضباط المام، كما جعل الباب السادس لنشر اهم القوانين والأنظمة التي صدرت في الفترة التي سيقت صدور العدد، وقد الحق بهذا الباب قرارات ديوان التفسير الخاص، وفي هذين البابين يثتبع القارىء حركة القضاء والتشريع في البلاد خطوة خطوة.

وفي ذلك يرى القارىء ان المجلة تقوم في أبوابها الأربعة الأولى بمهمة المجلات العلمية. وفي بابيها الاخيرين بمهمة الدوريات التي تعد لنشر الأحكام والقوانين. وإذا كانت هاتان المهمتان كثيرا ما تنفصلان، الا أنه رؤى من المناسب في الوقت الحاضر أن يجتمعا في هذه المجلة.

لم يبق الا أن نختتم هذه الكلمة بالقيام بواجب الشكر لمن سبقونا في ادارة هذه المجلة . فقد خطوا بها الخطوة الأولى خطوة التأسيس. وهي اشق الخطوات . ومهدوا لنا بذلك أن نسير بالمجلة هذه المرحلة فلهم منا خالص الثناء .

مدير المجلة عبد الرزاق احمد السنهوري

لجنة تحضير القانون المدنى العراقي

رأي القراء في العدد السابق ان لجنة تحضير القانون المدني العراقي قد عهدت الى الاستاذ عبد الرزاق السنهوري عميد كلية الحقوق ببغداد باعداد لائحة للقانون المدني العراقي تكون اساس لبحث اللجنة بعد ان اقرت الاسس التي تبنى عليها هذه اللائحة. وقد سبق لنا نشر هذه الاسس.

وننشر فيما يلى كتابا مرفوعا من الاستاذ السنهوري الى فخامة رئيس لجنة تحضير القانون المدنى العراقي. وننشر مع الكتاب الوثيقتين المقترنتين به، وهما يشتملان على لائحة للبيوع في القانون المدنى المقترح.

والوثيقتان هما الأن تحت نظر اللجنة تبحث فيهما. وسننشر في الاعداد المقبلة خلاصة مداولات اللجنة، وما يستجد بعد نلك من اعمال لاعداد القانون المدنى العراقي.

وغرضنا من هذا النشر ان نشرك رجال القانون في العراق مع اعضاء اللجنة في بحث هذا المشروع الذي لا تخفي اهميته على المشتغلين بالقانون. فيدلي من يريد منهم بما يعن له من الملاحظات والآراء على صفحات هذه المجلة.

وهذا هو خير استقتاء تقوم به هذه المجلة لخدمة القانون. وهي تنشر كل الملاحظات والآراء التي ترد اليها حول هذا الموضوع. وتضعها تحت نظر اللجنة المعهود اليها بتحضير القانون.

كتاب مرفوع الى فخامة رئيس لجنة تحضير القانون المدنى العراقى

حضرة صاحب الفخامة رئيس لجنة تحضير القانون المدنى العراقى

اقدم لفخامتكم جزءا من العمل الذي انجزته، لاعداد لائجة للقانون المدنى العراقي، طبقا للاسس التي اقرتها اللجنة الموكول اليها تعضير هذه اللائحة. بعد ان عهدت الى اللجنة القيام بهذا العمل.

وقد تدبرت رسم خطة اسير عليها . فوجدت من المناسب ان ارجى، موقتا مسائل الأحوال الشخصية وقانون الأراضى والحقوق العينية بوجه عام ، على ان اعود إلى ذلك بعد ان افرغ من وضع لائحة لقانون الالتزامات والعقود ، وهو القانون الذي يستغرق الجزء الأكبر من نصوص مجلة الأحكام العدلية .

ورايت أن قانون الالتزامات والعقود ينقسم بطبيعته إلى قسمين، قسم يخصص لوضع نظرية عامة للالتزام، تقرر فيه مصادره واحكامه، وأخر يعرض للعقود المعينة عقدا عقدا، فيورد أحكامها الخاصة، ويطبق في مسائلها القواعد العامة.

ولما كانت مجلة الاحكام العدلية لم تورد احكاما للنظرية العامة للالتزام. بل عمدت، بعد الفراغ من تقرير القواعد الكلية، إلى العقود المعينة، وبدات منها بالبيوع، وهي في ذلك قد اقتفت اثر فقهاء الشريعة الاسلامية، فهؤلاء لا يصبرغون هذه النظرية العامة، بل يقتصرون على ايراد بعض قواعدها متخللة أحكام العقود المعينة، لذلك بدأت بوضع لائحة لقانون البيوع ، مجاريا في ذلك مجلة الاحكام العدلية . ولم أكد أفرغ من وضع هذه اللائحة ، حتى رأيت الطريق ممهدا لتناول النظرية العامة للالتزام ، فإن أكثر البيوع ليست الا تطبيقا لهذه النظرية العامة . وساقدم للالتزام ، فإن أكثر البيوع ليست الا تطبيقا لهذه النظرية العامة . وساقدم هو الكتاب الذي يقرر أحكام النظرية العامة للالتزام . ثم استمر في العجل ، راجعا الى العقود المعينة ، فاعد لائحة لقانون عقد الايجار ، ثم لوائح اخرى ، لسائر العقود . وبذلك انتهى من المرحلة الأولى من العمل ، وانظر بعد ذلك ، في مرحلة ثانية ، في اعداد قانون للأراضي والحقوق العينية . وبذلك تتكامل أجزاء القانون المدني العراقي العراقية . وبذلك

والجزء الذي اقدمه الآن لفخامتكم، لتبحثه اللجنة، هو كتاب البيوع. وقد قسمت هذا الكتاب الى فصول خمسة. اوردت فى الفصل الأول منها المسائل العامة، كتعريف البيع وتكوينه وشكله واركانه. ثم جعلت التزامات البائم فى الفصل الثانى، والتزامات المشترى فى الفصل الثالث. وخصصت الفصل الرابع لأنواع من البيوع كثيرة الوقود فى الحياة العملية. وانتهيت بالمقابضة فى الفصل الخامس.

وقد سرت في عملى على دورين. وضعت في الدور الأول نعونجا لأحكام البيوع، اخترته من بين تقنينات كثيرة، قديمة وحدينة. مثل القديمة القانون الفرنسي والقانون المصرى ومثل الحديثة القانون الاماني والقانون السويسري (ومعه القانون التركي) والقانون السوفيتي والمشروع الفرنسي الايطالي والقانون المراكشي والقانون اللبناني والقانون البولوني والمشروع الدولي. ونكرت امام كل نص اخترته من اين اتبت به، ولماذا اخترته، وقارنت بينه وبين النصوص المقابلة له في القوانين الأخرى. وهذه هي الوثيقة الأولى التي اقدمها للجنة. اما الوثيقة الثانية، وهي التي اعددتها في الدور الثاني، فتشمل النصوص النهائية التي اقترح الاخذ بها، وقد استخاصتها من مقابلة احكام العدلية ونصوص كتاب مرشد الحيران وإحكام المدريجة باحكام العدلية ونصوص كتاب مرشد الحيران وإحكام المدريجة بذلك مجلا من مقابلة بوجه عام في كل مذاهها وفي اقوال كل مذهب. فخرجت بذلك

نصوص النموذج على أحكام الشريعة الإسلامية بقدر الإمكان، واستخلصت من هذا التخريج نصوصا نهائية، هى التى اضعها بين يدى اللجنة لبحثها.

فإذا راى فخامة الرئيس أن يحيل الوثيقتين على لجنة فرعية، تقدم تقريرا عنهما الى اللجنة العامة، فانى مستعد لتقديم الايضاحات والبيانات التى تطلبها منى اللجنتان.

وتفضلوا بقبول فائق الاحترام.

عبد الرزاق احمد السنهورى

بغداد في ١٥ حزيران ١٩٣٦

عميد كلية المقوق ببغداد

من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدنى العراقي وحركة التقنين المدنى في العصور الحديثة

بقلم

الأستاذ عبد الرزاق احمد السنهورى عميد كلية الحقوق ببغداد(٠)

تمهيحد

ان الانتقال من ومجلة الأحكام العدلية والى و القانون العدنى العراقى و المرد و خطر فى تاريخ القانون فى العراق . فليس الأمر مقصوراً على انه يراد وضع قانون مدنى و وان كان القانون العدنى و فى كل امة وفى كل جيل و هو اكبر القوانين خطرا ، واكثرها تعقدا ، واشدها التصاقا بحياة الأفراد . بل أن العراق يواجه ، الى جانب ذلك ، مشكلة اخرى تزيد الأمر صعوبة . فإن ومجلة الأحكام العدلية ، وهى القانون المدنى الذي يطبق حتى الأن فى العراق ، مصدرها كما هو معروف الفقه الاسلامى . وقد حتى الأن فى العراق ، مصدرها كما هو معروف الفقه الاسلامى . وقد المذهب . فالبلاد العراقية عاشت إذن قرونا طوالا تطبق الفقه الحنفى في العراق عاشت إذن قرونا طوالا تطبق الفقه الحنفى في معاملاتها المدنية . بل يوجد ما هو أجل من ذلك وأروع ، فإن العراق ووقد قام رجل من أبناء العراق ، في بلد من بلاد العراق ، يشيد وحده أكبر بناء قانونى شاده فقيه بجهوده الشخصية فيما عرف البشر . وعاش أبو حنيفة النعمان في الكوفة ما قدر أنه له أن يعيش وهو يضم كل يوم لبنة فى هذا البناء الضخم المشمخر ، فما طوى حباته فى الدنيا حتى أتم هذا

 ^(*) نشر في مجلة القضاء العراقية السنة الثانية، العددان الأول والثاني عايو.
 سنة ١٩٣٦.

البناء ، وتركه للعالم الاسلامي صرحا منيعا تتحصن فيه الأجيال ، وتراثا غاليا يفاخر به الأبناء والأحفاد .

أيجوز بعد كل ذلك أن ينبذ العراق تقاليده ، ويتنكر لابنه البر ، ويهدم ذلك الصرح الذي قام على جهوده الجبارة . ثم كيف يستساغ أن تخلع امة قانونها كما يخلع الرجل ثيابه ! واين تعاليم المدرسة التاريخية ، وهي تقول أن القانون هو نبت البيئة ، وغرس الأجيال المتعاقبة ، يتطور من مرحلة الى مرحلة ، ويتخطى اعناق القرون ، تسلمه الأباء للأبناء ، والأبناء للأحفاد ، وهو في كل مرحلة يصطبغ ، وينضح بلونها ، ويترقرق في صفحته ما الجيل !

لو كان المراد من الانتقال الذي يشير اليه عنوان هذا المقال دمن مجلة الأحكام العدلية الى القانون المدنى العراقي ، هو نبذ الفقه الحنفى والفقه الاسلامي عامة ، لصح أن يقال كل ذلك . ولكن الواقع من الأمر أن عبارة القانون المدنى العراقي ، ليس فيها من جديد الا الفاظها . فالقانون المدنى العراقي ، ليس فيها من جديد الا الفاظها . فالقانون المدنى العراقي ، موجود ، وأن كانت تنقصه الصباغة التي تتمشى مع مقتضيات هذا العصر ، وينقصه التنسيق والترتيب ، وقسط من التحوير والتعديل يقتضيه تطور المدنية . فاذا بداء القانون المدنى العراقي ، بعد هذا الصقل في ثوب جديد ، فهي جدة تخفى تحتها تقاليد العراق الفقهية وتراثها العظيم سالمة مصونة من كل عبد وتشوية .

على أن الصقل وحده يقتضى كثيرا من الجهود، ولو كان يراد أن يوضع نموذج لنظام مدنى يكون من ارقى النظم، لكان هذا ايسر خطبا فأن النماذج الراقية للنظم المدنية قد تعددت فى هذه الايام، وارتقت الصياغة التشريعية المدنية ارتقاء كبيرا، بعد أن وضع التقنين الالمانى، والتقنين البولونى، والمشروع الفرنسى الايطالى، والتقنين البولونى، وغير هذه من التقنينات الحديثة، مما يعد فخر التشريع المدنى فى العصر الحديث، فد وصل الى درجة الحديث، فد وصل الى درجة من الرقى التشريعي لم تدانه فيها القوانين الاخرى، هذا الى مشروعات خاصة، تضعها الفقهاء أو تصوغها الهيئات الدولية نماذج للتشريع.

ولكن الامر ادق من ذلك واشد عناء. فان النموذج الصبالح للتشريع المدنى اذا وجد، فانة لا يقصد لذاتة، بل ليكون قالبا تصب فيه التقاليد القانونية للعراق، والفقه الاسلامى الذي يطبق في هذه البلاد. فقد قدمنا ان من السفه ان نبدد ثروة تركتها لنا الاجداد، ونعيش عالة على غيرنا نتكفف.

وقد قدمنا أن هذا الاعتبار الراجع الى الاعتزاز بالكرامة القومية يقترن به اعتبار آخر، لا يستطيع رجل القانون أن يغفله. فكل من يعرض للتشريع ومسائلة يجب أن يعرف أن القانون ليس هو كلمة المشرع يقول للتشريع ومسائلة يجب أن يعرف أن الذي كانت تسود فيه هذه النظريات السطحية. والمقانون كائن حى، ينشأ ويترعرع وينمو، حتى يبلغ اشدة، وليس هو خلق الساعة ولا وحى الارادة. وأذا كانت المدرسة التاريخية قد بالفت في هذا المعنى، فأن هذا لا يمنع من أن العذهب في جوهره صحيح. فأذا أريد وضع قانون مدني للعراق، وجب أن يراعى فيه أن يكون متصل الطقات بالماضى، بالقدر الذي ينبغى أن يتطلع فيه للمستقبل.

ونحن بعد هذا التمهيد نقسم بحثنا الى قسمين ، نورد فى القسم الاول كلمة موجزة عن تاريخ التقنين المدنى بوجه عام منذ القرن التاسع عشر الى اليوم ، ونخصص القسم الثانى لبحث التقنين المدنى فى العراق .

كلمة موجزة عن تاريخ التقنين المدنى بوجه عام منذ القرن التاسع عشر إلى اليوم

ليس التقنين (Codification) حركة حديثة العهد في تاريخ القانون. فقد عرف التقنين منذ العصور الموغلة في القدم. وقد كان قانون حمورابي والألواح الإثني عشر ضبرباً سانجاً من ضروب التقنين في عهد طفولة القانون. ويعرف تاريخ القانون الروماني في مراح تطوره الأخيرة محاولات مختلفة ترمى الى تقنينه، حتى انتهت هذه المحاولات الى تقنينات جوستنيان الضخمة، التي يقف امامها المستطلع حتى اليوم، وماء نفسه الاعجاب بعيقرية الرومان في القانون.

وقد قنن قانون الكنسية في العصور الوسطى ، وقننت بعض القوانين المشتقة من العادات الجرمانية عند بعض الأمم الأوربية في تلك العصور ، مما لاحاجة بنا الى الخوض فيه فان حديثه يطول. ونسرع الى التحدث عن المرحلة الأخيرة من مراحل التقنين في العصور الحديثة.

تبدا هذه المرحلة بذلك المسرح الباقى على وجه الزمن، تقنينات نابيلون، التي بقيت بعد أن زالت انتصارات هذا الفاتح العظيم ومحتها معركة وأترلو. وقد كان نابيلون نفسه أول من أحس هذه الحقيقة وقالها . وقد احدثت تقنينات نابليون رجة عنيفة في أوربا وتطلعت اليها الامم، وفتحت عهدا جديدا في تاريخ التشريع والتقنين. وسار نابليون، المدفع في يساره وتقنيناته في يمينه، وأيان يذهب به المدفع، دعمت تقنيناته ما تم له من فتح وانتصار.

على أن فقهياً إلمانياً، خلصت له زعامة الفقه في النصف الأول من القرن التاسع عشر، هو سافيني (Savigny) صاحب مذهب التطور التاسع عشر، هو سافيني (Savigny) صاحب مذهب التطور من أن تنسج على منوالها، لا لانه كان خصما لهذه التقنينات بالذات، بل لان مذهبه خصم لكل تقنين. فهو يقول بان القانون ثمرة التطور، وهو في حركة مستمرة وتحول دائم، فكيف يمكن حصر الشيء المتطور المتحول في تقنين ثابت جامد؟ وتصدى سافيني للفقيه تيبو (Thibau)، وقد اراد هذا أن يقنن القوانين الجرمانية ليوحدها ويمهد بذلك للوحدة الألمانية، وفند سافيني ما ادلي به تيبو من حجج لمصلحة التقنين، في ضوء ما استقر عليه مذهب التطور التاريخي المعروف. فوقفت حركة التقنينات في المانيا، وأن كانت النمسا قد قننت قانونها المدنى في أوائل القرن التاسم عشر.

ولم يمنع وقوف سافينى فى وجه التقنين من أن تنتشر تقنينات نابليون فى جميع أنحاء العالم. ولم يمنع ذلك أيضا من أن يعمد الألمان انفسهم فى أواخر القرن التأسع عشر الى تقنين قانونهم المدنى، وكذلك فعلت الأمة السويسرية، ونقحت النمسا تقنينها منذ عهد غير بعيد. ونشطت حركة التقنين فى القرن العشرين، فكثر فى الشرق والغرب عدد الأمم الذين احتذوا مثال التقنينات الحديثة اللاتينية والجرمانية، ووضعت مشروعات ونماذج للتقنين. ونحن نستعرض (أولا) التقنينات اللاتينية (ثانيا) التقنينات الجرمانية (ثالثا) التقنينات الأخرى الحديثة التى ظهرت فى القرن العشرين.

أولاء التقنينات اللاتينية

نجد على راس هذه التقنينات التقنينات الفرنسية المعروفة بتقنينات نابليون، وهى ابعد التقنينات اللاتينية عهدا، واعظمها شهرة، واكثرها انتشارا. وقد كانت تسود أوربا وأمريكا اللاتينية طوال القرن التاسع عشر، وامتدت الى البلاد العربية كمصر وتونس ومراكش ولبنان، ثم لما قدم المهد بها، ونافستها التقنينات الجرمانية، لاسيما التقنينات السويسرية ز فكر فريق حن فقهاء ايطاليا وفقهاء فرنسا، أثناء الحرب الكبرى، في توحيد القانون المدنى ما بين البلدين، فوضعوا المشروع الفرنسي الإيطالي في الالتزامات والعقود.

ومن ذلك درى أن التقنينات اللاتينية ابتدات بتقنينات نابليون في أول القرن التاسع عشر ، ولقصت هذه التقنينات بدم جديد عند وضع المشروع الفرنسي الإيطالي في القرن العشرين .

ونذكر كلمة موجزة عن تقنين نابيلون المدنى وانتشاره في جميع انحاء العالم. ثم نعقب بكلمة أخرى عن المشروع الفرنسي الإيطالي.

1 تقنين نابليون

حالة القانون في فرنسا قبل وضع تقنين نابليون:

انقسمت فرنسا، من حيث القانون الذي كان يطبق، منذ القرن الثاث عشر، الى قسمين، القسم الشمالي وكان يطبق العادات التي نشأت من قديم في هذه البلاد بين القبائل التي سكنتها، والقسم الجنوبي وكان يطبق القانون الروماني التي تسرب الى هذه البلاد منذ الفتح الروماني لفرنسا وبقي متأصلا فيها. وقد جمعت بعض العادات الفرنسية في مجموعات رسمية في القرن السادس عشر، كعادات أورليان في سنة ١٥٠٠ وسنة ١٥٠٠ وعادات باريس في سنة ١٥٠٠ (لا Coutumier Généra).

(م ـ ۱۸ مقالات د . السنهوری ج ۱)

و أخذت ملوك فرنسا تصدر تشريعات متنوعة ، أهمها التشريعات التي استصدرها كولبر (Colbert) في القرن السابع عشر وتتضمن قانوناً تجارياً وقانوناً للماء وقانوناً للفابات وقانوناً للمرافعات المدنية وقانونا للمرافعات المدافعات المدافعات المدافعات المدافعات المدافعات المدافعات التي استصدرها داجسو (D'Aguesseau) في القرن الثامن عشر ، وتتناول الهبات والوصايا وتعقيب الاستخلاف (Substitution)

وكان للمحاكم الفرنسية المعروفة بالبرلمانات (Parlements) في تلك العهود حق اصدار مبادىء عامة ، لا يقتصر في تطبيقها على قضية معينة بالذات ، بل تطبق على كل الأقضية ، وكانت تسمى بالأحكام التنظيمية (Arrêts de réglement) وهي بمثابة تشريعات حقيقية .

وتلقت فرنسا ، كسائر الدول المسيحية ، قانون الكنيسة في العصور الوسطى ، وهو يتالف من قرارات المجامع الدينية (décisions des conciles) ومراسيم الباباوات (décrétales des papes) ، وقد جمعت في تقنين واحد هو التقنين الكنسى المعروف (Corpus juris canonici).

هذه هي مصادر القانون الفرنسي القديم: العادات القديمة، والقانون الرماني، والتشريعات الملكية، والأحكام التنظيمية، وقانون الكنيسة. وهي كما ترى متنوعة متشعبة، وهي بنوع خاص تستعد احكامها من اصول مختلفة متباينة. فكان تشتت القوانين وتبلبها هي الظاهرة البارزة في تلك العصور. وبقى المثل الأعلى ان يجمع كل ذلك ويقنن في مجموعة واحدة.

ولما نشبت الثورة الفرنسية ، اتجه رجال الثورة الى تحقيق هذه الأمنية ، حتى يدعموا وحدة القومية الفرنسية . وحاولت المجالس التشريعية المتعاقبة في عهد الثورة أن تقوم بهذا العمل الجليل ، وقدم فعلا أحد رجالها (Cambacérès) مشروعا (لاتحة) للقانون المدنى كان مخلا في ايجازه . ثم قدم مشروعا ثانيا ، ولكن المجلس التشريعي في ذلك العهد سقط قبل أن يكمل التصويت على مواده . ثم قدم مشروعا ثالثا إلى المجلس التشريعي التالي فكان حظه حظ سابقيه ولم يقدر له النجاح . وقامت (Jacqueminot)

كيف وضع تقنين نابليون:

وشاء حظ نابليون أن يتم على يديه هذا العمل العظيم ، وأن يبقى اسمه مقترناً به خالداً بخلوده ، ففي ١٣ أغسطس سنة ١٨٠٠ الف القنصل الأول (نابيلون) لجنة من أربعة أعضاء يضعون مشروعا (لائحة) للتقنين المدنى: ترونشيه Tronchet) رئيس محكمة النقض (التمييز) الفرنسية رئيسا للجنة، وبيجو بريامينيه (Bigot Préamencu) مندوب الحكومة امام محكمة النقض، ومالفيل (Malleville) القاضي بمحكمة النقض، وبورتاليس (Portain) مندوب الحكومة أمام محكمة الغنائم، أعضاء. وكان الأولان يمثلان الثقافة القانونية في شمال فرنسا أي القانون المبنى على العادات، والأخيران بمثلان الثقافة القانونية في جنوبيها أي القانون الروماني. وكان أعظم هؤلاء الأربعة اثنين، الأول ترونشيه، والأخير بورتاليس. وهما متناقضان كل التناقض، فأولها متقدم في السن لايحسن الكلام، ولكنه يعرف دقائق القانون وتفصيلاته بعد مران سابق، وقد نشأ في مدرسة العادات. والثاني أصغر في السن، طلق اللسان، محب للخطابة، وقد نشأ في المدرسة اللاتبنية والقانون الروماني. ولم يكن من اليسير أن يعمل الاثنان معا ، لما بينهما من تنافر في الطباع ، وتباين في الثقافة ، لولا انهما كانا يتمثلان شبح نابليون وراءهما ، يسوقهما الى العمل سوقا ، بما رزق من ارادة صلبة ، وعزم لا يتزعزع . وضرب أجل للجنة ، لتنتهى من عملها في ستة أشهر ، فاتمته في أربعة ، وهذه معجزة من معجزات التقنين: أن يتم هذا العمل الضخم في هذه المدة القصيرة.

وعرض المشروع الأول للتقنين العدنى (او مشروع السنة الثامنة من الثورة كما يدعى عادة) على محكمة النقض ومحاكم الاستئناف، فقدمت هذه المحاكم ملاحظاتها عليه. وبقى ان يمر المشروع بأدوار التشريع طبقا للدستور الفرنسى في ذلك الوقت. وكان هذا الدستور يقضى بأن تتوزع السلطة التشريعية بين مجالس ثلاثة. يحضر المشروع مجلس الدولة (Conseil affan) بم يقدم بعد ذلك الى مجلسين، الأول (Tribuna) يناقشه دون تصويت على مواده ويتقدم براى فيه قبولا او رفضا دون تعديل، والثانى (Corps Légalaii) يصوت دون أن يناقش، بعد أن يسمع أقوال مندوبي المجلس الأول، كل جهة تدافع عن رايها، فيقبل المشروع كما هو او يرفضه، ولا يستطيع تعديله، فإذا قبله اصدرته

الحكومة وصار قانونا . هذه هي المراحل التي كان لابد أن يجتازها المشروع الأول للتقنين المدنى، ولما خرج المشروع من مجلس الدولة وعرض على المجلس الأول (Tribunat) ضاق به هذا المجلس وراي فيه كثيرا من علامات الرجعية، وهم أن يرفضه. فأحس نابيلون الخطر، فسحب المشروع من المجلس. واتخذ قرارين، يقضي اولهما بانقاص أعضاء المجلس الى النصف ، فاستبعد بذلك فيمن أخرجه من الأعضاء من كان خصما للمشروع، ويقضى الثاني باستحداث طريقة للاتصال غير الرسمي ما بين مجلس الدولة الذي يحضر مشروعات القوانين والمجلس التشريعي الأول (Trinunat) الذي يناقشها ، فقد كان المجلسان من قبل غير متصلين أحدهما بالآخر، وكان لاسبيل للمجلس التشريعي الى تعديل مشروع وضعه مجلس الدولة ، وليس له الا أن يقبله أو يرفضه . أما الأن فقد أصبح مجلس الدولة متصلا اتصالا غير رسمي بالمجلس التشريعي أثناء تعضير مشروعات القوانين، فأصبح من السهل أن يتفق المجلسان على نص واحد ، بطريق الاتصال غير الرسمى ، قبل أن يخرج هذا النص من دور التحضير . فإذا ما اجتاز هذا الدور ،وقدم الى المجلس التشريعي ، يكون يسيرا على هذا المجلس أن يقره، بعد أن توافق عليه من قبل مع مجلس الدولة . وهذه طريقة غير مباشرة للوصول الى تعديل مشروعات القوانين، حيث كان الدستور يحرم هذا التعديل بطريق مباشر. وبفضل هذين القرارين استطاع نابيلون أن يجعل المشروع يمر بمراحله المتعاقبة . وقد صوت عليه المجلس التشريعي الأخير - (Corps Legislan) بابا بابا ، كل باب في قانون مستقل ، فلبغ عدد القوانين ستة وثلاثين . ثم صدر قانون في ٢١ مارس سنة ١٨٠٤ بجمع هذه القوانين كلها في تقنين واحد، وهو هذا التقنين الموجود بين ايدينا، وقد حمل اسم نابليون تخليدا لاسم ذلك الرجل العظيم الذي وضع طابعه عليه، والذي يرجع لعزيمته الفضل الأكبر في أن يخرج هذا التقنين الى عالم الوجود(*).

 ⁽a) ولنابليون بعض الأثر في التقنين المدنى من الناحية الموضوعية (انظر في دلك رسالة للأستاذ سافاتييه Savetier عنوانها «بونابرت والتقنين المدنى» باريس سنة ۱۹۳۷).

وقد جمعت كل المناقشات التي دارت في المجالس التشريعية الثلاثة في مجموعات شسمي بالأعمال التحضيرية لتقنين نابليون. وخير هذه المجموعات مجموعات ، مجموعة فينية (Fene) وهي خمسة عشر جزءا، ومجموعة لوكريه (Locré) وهي واحد وثلاثونجزءاً للتقنينات المدنية والتجارية والجنائية خصص منها ستة عشر جزءا للتقنين المدني. والمجموعةالأولى اكمل، فقد تضمنت، الى جانب المناقشات في هذه المجالس الثلاثة، ملاحظات محكمة النقض ومحاكم الاستثناف.

وقد صدر من التقنين المدنى الفرنسى ثلاث طبعات رسمية ، الأولى عند اصداره في سنة ١٨٠٤ وسمى فيها بالتقنين المدنى (Code Civil) وكان نلك في عهد الجمهورية الأولى والقنصل الأول ، والثانية في سنة ١٨٠٧ وسمى فيها بتقنين نابليون (Code Napléon) وكان نلك في عهد الامبراطورية الأولى والامبراطور ، والثالثة في سنة ١٨١٦ وعاد فيها الى التسمية الأولى (التقنين المدنى) ، وكان نلك في عهد الملكية والملك . ثم صدر مرسوم في سنة ١٨٥٧ في عهد الامبراطورية الثانية اعيدت تسميته فيه بتقنين نابليون .

وادخلت تعديلات كثيرة على التقنين المدنى الفرنسى منذ صدوره حتى الآن، وصدرت قوانين آخرى مدنية لم تدمج فيه. وأهم هذه التعديلات تتعلق بالعمل والعمال، وبتيسير الزواج، وبتحسين حال المرأة المتزوجة، وباعلان التصرفات، وبتنمية وسائل الائتمان، وبجعل المسؤولية المدنية ادق تحديدا وابعد اثرا،

وعندما احتفل بالعيد المئيني للتقنين المدنى الفرنسى في سنة
١٩٠٤ ، تناقش الفقهاء الفرنسيون في ضرورة تنقيح هذا التقنين .
فانقسموا الى فريقين . فريق يقول بوجوب التنقيح ، وعلى راسهم الأستان
لارنود (Larnaude)وكان إذ ذاك عميد كلية الحقوق بباريس ، وحجتهم هي
أن التقنين الذي وضع في سنة ١٨٠٤ لم يعد هو القانون الذي تطبقه
المحاكم في الوقتالحاضر ، ففيه اجزاء قد ضمرت وماتت ، وقد تطورت
الحياة الاجتماعية والاقتصادية تطورا جعل الشقة بعيدة بين الماضي
والحاضر ، وأصبح ما كان يصلح قانونا لجيل زراعي غير صالح لبيئة

تجارية وصناعية . ويجيب الفريق الثانى ، وعلى راسهم الأستاذ بلانيول (Planio) ، بألا حاجة لتنقيح التقنين المدنى ، لأن هذا التنقيح يتم كل يوم ، ويقوم به التشريع والقضاء والفقه والتنقيح الشامل يجعلنا امام قانون جديد ، يقتضى الرجوع الى تمهيد سبله وتوطىء اكنافه وتفسير نصوصه ، فينعدم الاستقرار والثبات ، وهما من أهم مميزات القانون الصالح للبقاء . تقدير تقفين نابليون:

ونقف قليلا نقدر التقنين المدنى الفرنسى، فهو هاقدم تقنين حديث، وله تاريخ جليل واثر قوى في بلاد الشرق العربي.

اكبر مزية لهذا التقنين هي أنه ميز بين دائرة التشريع ودائرة الفقه ، فلم يجاوز الدائرة الأولى إلى الثانية ، وجانب أن يتخذ موقفا معينا من النظريات الفقهية والمذاهب الفلسفية(°) و ورك التعريفات العلمية في اكثر الاحوال (١) ، وكان في موقفه هذا موقفا حكيما ، فأن النظريات والمذاهب والتعريفات مجالها الفقه ، بتناولها الفقهاء بالبحث والتعليل ، وتتفاير أراؤهم فيها ، ويتطور الفقه من جيل إلى جيل . فإذا تقيد المشرع بمذهب فقهي ، فقد قضى على الحركة بالجمود ، وجعلها غير قابلة للتطور .

ومزية آخرى للتقنين الفرنسى قريبة من الاولى ، هى ان المشرع الفرنسى ، فى المسائل العملية التى عرض لها ، اتى باحكام لهذه المسائل فى عبارات تنطوى على قدر كبير من المرونة ، بحيث تسمح للاحكام القانونية ان تتطور من طريق التطبيق والتفسير ، فتتمشى مع مقتضيات الحباة العملية وتطوراتها المتعاقبة (٢).

 ^(») وقد احسن واضعوا التقنين صنعا بحذفهم من المشرع الأول ثلاثا وثلاثين مادة تغوض في مذاهب فلسفية منها مذهب القانون الطبيعي

⁽١) ويظهر ان تقسيم التقنين إلى كتب ثلاثة لم يجيء الا اعتباطا وبعد تمام العمل. وهذا ما يقرره مالفيل وكان سكرتير اللجنة التي وضعت التقنين (انظر مالفيل في تعليله للمناقشات التي دارت حول التقنين امام مجلس الدولة باريس سنة ١٨٢٢ جزء ١ ص ٣٠٣).

⁽٢) واليك ما قاله بورتاليس في هذا المعنى امام المجلس التشريعي. الثاني (Corps Legislatif) ، راينا من الحكمة أن نميز بين العلم والتشريع . فالتشريع ارادة . اما التعريفات والتعاليم والنظريات فتدخل في دائرة العلم ، وكل ما هو أمر وحكم بالمعنى الصحيح بدخل في دائرة التشريع ، (فينية جزء ١ ص ٤٢) .

اما ترتيب التقنين الفرنسى فهو عرصه لمنقد الشديد. فقد تضمن كتبا ثلاثة. خصص الكتاب الأول للاشخاص، والكتاب الثانى للاشياء، والكتاب الثالث للطرق المختلفة التى تكسب بها الملكية. ولا يوجد تناسب بين هذه الكتب الثلاثة، فالأخير الحوالها ويشتمل وحده على ١٥٧١ مادة من ١٢٧٨، فهو يتضمن نحو ثلاثة أرباع التقنين. ولو أن هذا الكتاب، على طوله، انتظم مسائلة شيء من التناسق، لهان الخطب، ولكنه جاء عديم الانسجام، وجمع بين مسائل متنافرة كالميراث والبيع وعقد الزواج والرهن(١)

ونقص آخر هو أن التقنين الفرنسى لايتضمن كثيرا من المبادىء العامة التي استقرت في القانون بعد صدوره، كمبدأ الاثراء دون حق. ونظرية التعسف في استعمال الحق، وغير ذلك من المبادىء المستحدثة. ولكن هذا النقص لايحسب على المشرع الفرنسي، فإن المبادىء التي إغفلها لم تكن معروفة يوم صدر.

والنقص الخطير في التقنين الفرنسي هو أنه على وضوحه تعوزه الدقة في التعبير ، فكثيرا ما يستعمل اللفظ الواجد في معان متعددة ، وقد يكون اللفظ مصطلحا قانونيا هاما يحتاج الى التحديد . وقد عدد الأستاذ كابيتان في هذا الباب امثلة كثيرة ، منها المصطلحات الأتية : الغير (Tiers) السند (Tiers) ، الخطأ (faute) ، الخطأ الخ.

انتشار تقنين نابيلون في انحاء العالم

وقد قدر للتقنين المدنى الفرنسى ان ينتشر انتشارا كبيرا طوال القرن التاسع عشر في اوروپا وفي امريكا وفي الشرق. اما في اوروپا فهو لا

⁽١) ويرى الأستاذ جوسران من مزايا التقنين الفرنسي الاعتدال والتوسط، فهو لم يجار تطرف رجال الثورة، ولم يجعد على تقاليد العصور الوسطى، ومن مزاياه ايضا الوضوح، الما عيويه فعنها انه يجابي كثيرا طبقة الهورجازية، وهو مشبع بروح الفردية، ولا يميل للاعتراف بحقوق الجماعات (انظر جوسران في القانون العدني جزء لول فقرة ٨٧ و ٣٩. انظر ايضا موران في مجلة الجمعية الفرنسية الفلسفية سنة 1478 من ١٩١٥).

يزال معمولا به حتى الآن في بلجيكا ، وصيفت تقنينات على غراره في اسبانيا والبرتغال وايطاليا ورومانيا وغيرها من البلاد الاوروبية ، ثم في جنوبي كندا ، وفي امريكا الجنوبية (بوليفيا واروراجوي والارجنتين) ثم في الشرق في مصر وتونس ومراكش واليابان وتونكان ولبنان . ونقول كلمة موجزة عن التقنين في الشرق العربي ، الذي تأثر بالتقنين

وبعول حمه موجره عن التعنين في اشرق العربي ، الذي بادر بالتعنيز الفرنسي ، اي في مصر وتونس ومراكش ولبنان .

التقنين المدني في مصر: كان السبب في تقنين مصر لقوانينها الصالية وجود الامتيازات الأجنبية. وقد اراد نوبار، رئيس النظار في عهد السماعيل، أن يخفف من وطأة هذه الامتيازات بانشاء المجاكم المختلطة. ووضعت التقنينات المتخلطة (المدني والمرافعات والتجاري والبحري والبحنائي وتحقيق الجنايات) في سنة ١٨٧٥ لتطبقها هذه المحاكم. ووضعها محام اسمه مانوري (Manoury)، وكان مقيما في الاسكندرية في ذلك العهد، واتخذه نوبار سكرتيرا له، ثم عينه بعد ذلك سكرتيرا للجنة الدولة التي كانت تدرس مشروع انشاء المحاكم المختلطة بمصر. وقد نقل واضع التقنينات المختلطة نصوصه من التقنينات الفرنسية، لانها كانت اكثر القوانين شيوعا في ذلك المهد.

ولما استقر الأمر بالمحاكم المختلطة وبقوانينها ، تطلعت الحكومة المصدية في ذلك العهد الى انقاذ البلاد من الفوضى التى كانت سائدة في القضاء المصدى ، وكان يلى امره مجالس غير منظمة إلى جانب المحاكم الشرعية . وكانت القوانين التى تطبق في هذه المجالس هي القوانين التى تطبق في هذه المجالس هي القوانين المعمول بها في الدولة العثمانية مع اعتبار العادات المحلية في البلاد ، كما كان يطبق القانون التجاري العثماني المأخوذ من القانون الفرنسي . فتألفت في اواخر سنة ١٨٨٠ لجنة لوضع تقنينات لمحاكم نظامية تقوم بالقضاء بين المصريين والأجانب ، ومن بين أعضائها محام ايطالي اسمه موربوندو وضع التقنين المدخى المحكم المختلطة سنة ١٨٧٠ ، هو الذي وضع التقنين المدخوم قدري . وكان المرحوم قدري بالشا ناظراً للحقانية (العدلية في ذلك العهد) ، وقد اشترك مع اللجنة في عملها وقتيت اللجنة بتقنينات السحاكم المختلطة إلى حد انها كادت تنقلها وتقيت اللجنة بتقنينات السحاكم المختلطة إلى حد انها كادت تنقلها

بحروفها (*)، الا انها الدخلت. بعض تعديلات جزئية اقتضتها الظروف وقتلا، وصدرت التقنينات الا سنة ١٨٨٣.

والذي يهمنا من هذه التقنينات الستة هو التقنين المدني، وقد كتبنا عنه في مقال لنا نشر في مجلة القانون والاقتصاد ما يأتي: ١ لا شك في ان هذا التقنين معيب من حيث الموضوع ومن حيث الشكل. ولكن قبل ان نسترسل في بيان هذه العيوب، نحب ان نقدم كلمة انصاف للمشرع المصرى في سنتي ١٩٧٥ و ١٨٨٣ . فمهما كان شأن العيوب التي نشير اليها وهي جسيمة كما سنري فلا شك في أن الجيل المصري الذي تلقى التقنين في أواخر القرن الماضي كان مغتبطا سعيدا بقانونه الجديد. فقد كان فيه تقدم بين على الحالة التي سبقته، حيث كان القضاء فوضي، والقوانين غير محددة ولامعروفة ، والعدل يوزع في البلاد توزيعا سيئا . فاعقب النظام الفوضى، وتنفست البلاد الصعداء، اذ احست انها تستقبل عهدا جديدا الاصلاح . ولم يكن لاحد أن يوءمل أنتقال البلاد طفرة وأحدة إلى درجة الكمال في التشريع والقضاء، ويكفى أن تكون تشريعات ذلك العهد فاتجة عهد جديد لرقى حقيقي كسبته البلاد في تشريعاتها ونظمها القضائية فقوانين ؛ الاصلاح؛ المختلطة والاهلية، رغم كونها معيبة، كانت تحسناً مجسوساً بالنسبة لاسواء الماضي. على أنه بعد أن اطمأنت البلاد إلى تشريعها ونظمها الجديدة ، والفت الاجيال التالية أن ترى محاكم منظمة ، وقوى مستمدة من ارقى شرائع العالم ، واستقرت الحال بالقضاء الجديد، واستتب الأمر له، بدأ المشتغلون بالقانون بشعرون بما في القوانين الجديدة من نقص فاضح وعيوب جسيمة ، لم يكن يتسنى للجيل السابق في أول عهده بهذا النظام أن يحسها . فالآن ، وفي ظل تجارب خمسين عاما مرت على النظام الحالى، واظهرت عيوبه من نواح مختلفة، يحق لنا أن نكون اقسى في الحكم على هذا النظام، وأن نتطلع إلى مثل

⁽ه) يفهم من نص حديث دار بين فخرى باشا وشريف باشا عند إنعقاد مجاس النظار المنعقد في اواخر سنة ١٨٨٧، للنظر في مشروعات التقنينات الجديدة، أن نقل التقنينات المختلطة كان امراً مقصوداً، وكان يراد به أن تكون القوانين واحدة في المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية، حتى يتيسر الاستغناء عن الأولى والاكتفاء بالثانية.

ادنى للكمال، والا نقنع بما قنع به آبارنا ، فالزمن حركة ، والوقوف عند الماضى جمود ... يمكن القول ان تقنيننا المدنى فيه نقص ثم فيه فضول ، وهو غامض حيث يجب البيان ، مقتضب حيث تجب الافاضة . ثم هو يسترسل فى التافه من الأمر ، فيعنى به عناية لاتتقق مع اهميته المحدودة . يقلد القانون الفرنسى تقليدا اعمى فينقل كثيرا من عيوبه ، دون ان يتنبه إلى ما ادخل القضاء على هذا القانون من الاصلاح . وهو متناقض فى نواح مختلفة ، ويضم إلى هذا التناقض اخطاء معيبة كان من الهين ان يتجنبها المشرع المصرى ، لو اصطنع الاناة وحرص على الاتقان ه .

وقبل أن نترك التقنين المدنى المصرى نصف ما أشتمل عليه وصفا موجزاً. والتقنين المصرى لم يحو الا نصف المسائل المدنية، وهي المسائل الخاصة بالمعاملات، أما مسائل الأحوال الشخصية فلم تقنن احكامها حتى الآن في مصر ، وإن كان يوجد تقنين غير رسمي من عمل المرحوم قدري باشا ، تضمن احكام الشريعة الاسلامية الواجبة التطبيق في دائرة الاحوال الشخصية . وينقسم التقنين المدنى المصرى الى كتب أربعة ، كتاب في الأموال والملكية والحقوق العينية الأغرى، وآخر في النظرية العامة في الالتزامات والعقود، وثالث في العقود المعينة، ورابع في التأمينات. وهذا التبويب، وإن كان يفضل تبويب التقنين الفرنسي، لا يزال معيباً في اساسه وفي تفصيلاته، وقد بينا ذلك في مقالنا الذي سبقت الاشارة إليه. وقد اخذ المشرع المصرى الغالبية العظمى من احكامه المدنية عن التقنين المدنى الفرنسي، وأخذ القلة النادرة من هذه الاحكام عن القضاء الفرنسي وعن الشريعة الاسلامية. ومما اخذه عن الشريعة الإسلامية نظام الشفعة، وبعض أحكام حقوق الارتفاق (كالعلو والسفل والحائط المشترك)، ومدة التقادم، وبعض أحكام البيع (خيار الرؤية والبيم في مرض الموت وقبل التسليم والغبن وبيم المحصولات المستقبلة في القانون المختلط وبعض أحكام الايجار كسلبية التزامات المؤجر).

التقنينان التونسى والمراكشى: لما اعلن الفرنسيون الحماية على تونس، الفوا لجنة في سنة ١٩٠١ من بعض الموظفين، وضم إليهما محام ايطالى وهو فقيه معروف بصير بأحكام الشريعة الاسلامية، اسمه (Santillana)، وكلفت اللجنة بوضع مشروع لقانون الالتزامات والعقود فرضعت اللجنة المشروع، وبذلت بعض الجهد في التوفيق بين القانون الفرنسي وأحكام القوانين الغربية الحديثة وأحكام الشريعة الإسلامية عند وضعها لهذا المشروع، ولكن أحكام القانون الفرنسي كانت الأساس الذي بني عليه العمل، وقد عرض المشروع الذي اعدته هذه اللجنة على لجنة أخرى مؤلفة من خمسة علماء من جامع الزيتونة وخمسة قضاة من المحكمة الشرعية الكبرى بتونس، ضم اليها عضوإن من اللجنة الأولى (سانتيلا وبرج)، فنظرت في المشروع، وبعد أن أقرته، صدر بمرسوم من الباي في 10 ديسمبر سنة 1947.

ولما أعلنت فرنسا الجماية على مراكش، استفادت من السابقة التي تمت في تونس، وكلفت لجنة فرعية الفت من بين أعضاء لجنة التنظيم القضائي(۱)، وقوامها ثلاثة أعضاء برج (وهو الذي اشترك في وضع قانون تونس) وتيسييه ولا براديل. فوضعت هذه اللجنة الفريعة مشروعا لقانون الالتزامات والعقود من التقنين التونسى المتقدم الذكر. ولكن التقنين المراكشي جاء أكثر اختصارا من التقنين التونسى، إذ حذفت بعض نصوص متعلقة بالإجراءات لاتطبق في مراكش ولا شأن لها بالقانون

⁽١) ولجنة التنظيم القضائي هذه كان قد الفها الجنرال ليوتي، بعد أن رفع كتابا في ١٩ مارس سنة ١٩١٣ الى وزير خارجية قرنسا، قدم معه مشروعا للتنظيم القضائي في مراكش ذكر فيه انه يجب أن يكون مقدمة لالغاء الامتيزات الأجنبية في مراكش (راجع مجموعة التقنينات والقوانين المعمول بها في مراكشالجزء الأول ص ٩٢٩). وقد انقسمت اللجنة الرئيسية الى لجان فرعية وضعت مشروعات مختلفة ٠ مشروعا للنظام القضائي، وفيه ينظم المحاكم في مراكش من حيث تشكيلها ودوائرها واختصاصاتها ، ومشروعا للاجراءات الجنائية وهو قصير إذ تقرر أن يطبق القانون الجنائي وقانون الاجراءات الجنائية الفرنسية ثم يجرى تعديلها في المستقبل بقوانين تفصيلية كلما دعت الحاجة الى التعديل، ومشروعا المرافعات المدنية، وهو طويل يشتمل على ٥٥٧ مادة. وقد إتخذ قانون المرافعات الفرنسي أساساً له، ومشروعاً لتنظيم حالة الفرنسيين والأجانب في مراكش، ومشروعاً في الالتزامات والعقود ويشتمل على ١٢٥٠ مادة، وفق فيه بين احكام القوانين الحديثة وأحكام الشريعة الاسلامية وهو القانون الذي نحن بصدده، ومشروعاً في القانون التجاري وقد اتخذ القانون التجاري الفرنسي أساساً له . (انظر وصف الأستاذ لويس رينو لهذه الأعمال التشريعية والروح التي سادت هذه الأعمال في مجموعة التقنينات والقوانين المعمول بها في مراكش فاتحة ص ٣٩).

المدنى، وحذفت كذلك بعض نصوص تتعلق بقانون التجارة، وأخرى تتعلق بقانون الأراضي لا محل لتطبيقها في مراكش إذ هي تقرر نظاما خاصاً بتونس، وحذفت اخيرا نصوص استمدت احكامها من عادات محلية في تونس (كما في ايجار الأراضي الزراعية). وعدلت بعض نصوص التقنين التونسي، أما لتجعل متمشية مع التشريع المراكشي، أو لأنها كانت في حاجة الى التعديل (مثل ذلك المادتان ٧٩ و ٨٠ وتقرران مسؤولية الموظفين ومسؤولية الدولة عنهم، والمواد من ٣٢٥ الى ٣٣٤ وتقرر كيفية الوفاء بطريق الشيكات، والمواد ٨٧١ وما بعدها وتحارب الربا الفاحش الذي فشا في شمالي افريقية). وصدر التقنين المراكشي في الالتزامات والعقود في ٣٠ أغسطس سنة ١٩١٣. وينقسم الى كتابين، الكتاب الأول في النظرية العامة في الالتزامات (مصادر الالتزامات، والالتزامات الموصوفة ونقل الالتزامات وآثارها وبطلانها ونسخها وانقضاؤها). والكتاب الثاني في العقود المعينة (البيع والمقايضة والابجار والوديعة والحراسة والعارية والوكالة والشيوع والجمعيات والعقود الاجتمالية والصلح والكفالة والرهن وحقوق الامتياز). ومن مزايا التقنين المراكشي ان نصوصه تعقب بالاشارة الى مراجع في الشريعة الاسلامية وردت فيها أحكام تقابل الأحكام التي تتضمنها هذه النصوص. ولا يخفى ما لهذه المراجع من الاهمية عند محاولة التوفيق بين احكام الشريعة الاسلامية وأحكام القوانين الغربية الحديثة.

التقفين اللبناني الما دخلت لبنان الانتداب الفرنسي، راى ولاة الأمرر العمل بمجلة الاحكام العدلية والاستعاضة عنها بتقنين في الالاتزامات والعقود. فكلف العسيور رويرس (وهو الآن قاض في محكمة السين) بوضع المشروع. ولما تم وضعه ارسل الى الاستاذ جوسران، عميد كلية الحقوق بليون ليعيد فيه النظر. ثم حول إلى اللجنة الاشتراعية الاستشارية بلبنان، فتقحته هذه اللجنة، ووضعته في صيفته النهائية. ويقول نائب رئيس اللجنة في تقريره إلى وزير العدلية في الجمهورية اللبنانية: وقد كان هذا العمل لازما لا مندوحة عنه، لان نصوصا قانونية جديدة، من شأنها احداث تعديلات بالفة قد صدرت في لبنان بعد ان وضع العسيور روبرس المشروع الاصلى ... وبعض تلك النصوص صدر عن ممثل الدولة المنتدبة كالقرار ٣٣٣٩ المؤرخ في ١٢ ت ١٩٣٠٢

والمحتص بنظام الملكية العقارية والحقوق العينية للأموال غير المنقولة . والبعض الآخر وضعه الشارع اللبناني كقانون ١٧ شباط ١٩٣٨ و وكالمرسوم الاشتراعي رقم ٦ المؤرخ في ٣ شباط سنة ١٩٣٠ و ان اللجنة الاشتراعية عمدت الى التوفيق بين القواعد الجديدة التي يشتمل عليها المشروع من جهة ، والشرائع العامة والعادات المحلية في هذه البلاد من جهة آخرى ولم تدخل قط من التغييرات ما يفسد الطابع الاصلى لهذا الاثر الاشتراعي الجليل ، الذي سيكون وسيلة للاتحاد والوئام بين عناصر الامة في الجمهورية اللبنانية . وأن المشروع كما هو الآن لا يزيد مجموع الامراده على ١٩٣١ مواد بدلا من ١٩٩١ مادة كان يتألف منها قبلا . وقد استرمت التغييرات التي اجرتها اللجنة تجديد عدد من المواد يبلغ ١٩٥٩ فضلا عن احداث تعديلات في نصوص مواد اخرى تتجاوز هذا العدد لليد المدر التقنين اللبناني في ٩ مارس سنة ١٩٣٧ ونشر في الجريدة الرسمية في ١١ أبريل سنة ١٩٣٢ على أن يكون معمولا به بعد نشره بثلاثين شهرا.

وقد قسم التقنين اللبناني إلى قسمين: القسم الأول في الالتزامات (الموجبات) بوجه عام. والقسم الثاني في العقود المعينة. وتفرع القسم الأول إلى سبعة كتب: في أنواع الالتزامات (المدنية والطبيعية، والالتزامات الموصوفة)، وفي مصادر الالتزامات (الجريمة وشبه الجريمة والاثراء دون حق أو الكسب غير المشروع والأعمال القانونية وتشمل العقود)، وفي اثر الالتزامات، وفي انتقالها، وفي انقضائها، وفي طرق اثباتها، وفي تقسير الأعمال القانونية. وتضمن القسم الثاني البيع والمقايضة والهيراسة والايجار وعقد الاستخدام والوديعة والحراسة والقرض والوكالة والشركات وعقود الغرر والصلح والكفالة.

والتقنين اللبنانى يعد من حيث التبويب ومن حيث اشتماله على نظرية عامة فى الالتزامات وفى العقد متقدما على «مجلة الاحكام العدلية» التي حل مكانها . ولكنه تأثر كثيرا بالتقنين المدنى الفرنسى وبالمشروع الفرنسى الايطالي ، فجاء يحمل كثيرا من عيوبهما ، ولم يستقد كثيرا من مزايا التقنين السويسرى والتقنين الالمانى ، كما أنه لم يعن عناية كافية بالتوفيق بين ما اورده من الاحكام وإحكام الشريعة الاسلامية ، بل اقتقى اثر تركيا ومصر في نبذه للشريعة الاسلامية ، وفي هذا المعنى يقول نائب رئيس اللجنة الاشتراعية في تقريره المتقدم الذكر : «فخليق انن بالجمهورية اللبنانية ان تقتدى بالامم الغربية وباقرب جاراتها اعنى تركيا ومصر ، فاذا طرح الشارع اللبناني من المنشئات القانونية المحلية ما اظهر الاختبار وجوب نبذه ، وسمح من جهة أخرى بالتوسع في المنشئات القانونية التي يرجى لها نمو متواصل ، واذا تقبل المحدثات التي تقتضيها حاجات المجتمع الحاضر من غير ان يكلم بعمله وجدان احد ، فانه يعمل عملا كبيرا لا مندوحة عنه لتعضيد البلاد في سبيل الرقى المادي وابلاغها أوج العظمة الادبية ».

على ان التقنين اللبناني، رغما من أنه اتخذ اساسا له قوانين لا تتضمن احدث النظريات القانونية وارقاها، جاء على جانب عظيم من التقدم في تقريره احكام المسوركية التقصيرية ونظرية التعسف في استعمال الحق والتعويض عن الضرر المعنوى والشرط الفاسخ الضمني في العقود الملزمة للجانبين والدعوى البوليصية والتقادم وغير ذلك، وسد كثيرا من أوجه النقص التي كانت موجودة فيما تقدمه من التشريع المدني. وقد وضع هذا التقنين في الأصل باللغة للفرنسية، ثم ترجم إلى العربية ترجمة لا تزال في حاجة كبيرة إلى التنقيع والتهذيب.

التقنين المعنى في بلاد الشرق العوبي: ونرى مما تقدم ان بلاد الشرق العربي: ونرى مما تقدم ان بلاد الشرق العربي: فرمى من حيث التقنين المدنى، قسم منها عدل عن الشريعة الإسلامية (الا في دائرة الاحوال المخصية) ووضع تقنينا مدنيا اتخذ التقنين الفرنسي نموذجا له. وقد سبقت مصر البلاد العربية الى ذلك، ومضى على تقنينها المدنى اكثر من نصف قرن، وهي الأن في سبيل تعديله، وقد الفت لجنة لهذا الفرض. ثم تلا مصر تونس ومراكش، وقد دفعا الى ذلك بحكم النفوذ الفرنسي الذي انبسط على هذه البلاد (أما الجزائر فقد اعتبرها الفرنسيون جزءا من الأرض الفرنسية، وطبقوا فيها تقنينها المدنى، وهو آخر تقنين صدر في الجمهورية اللبنانية فاصدرت تقنينها المدنى، وهو آخر تقنين صدر في بلاد الشرق العربي اذ لم يعمل به الا في أواخر سنة ١٩٣٤. والقسم الثاني من بلاد الشرق العربي ادعم احتفظم الاحكام العدلية؛ التي ورثها عن

الدولة العثمانية، ولا يزال يطبق حتى الآن احكام الشريعة الاسلامية في المعاملات المدنية. ويدخل في هذا القسم العراق وسوريا وفلسطين وشرقي الاردن.

وقد حان الوقت لرسم سياسة عامة في التشريع المدنى لجميع بلاد الشرق العربي. ومن حسن التوفيق ان مصر والعراق، وهما البلدان اللذان يتزعمان الشرق العربي في نهضته الحاضرة، عنيتا في وقت واحد بتنقيح تشريعهما المدنى، والفت كل منهما لجنة للقيام بهذا العمل، فعسى ان يتقارب عمل اللجنتين، حتى تتحض هذه الحركة عن عمل مشترك، يكون نموذجا لسائر الاقطار العربية، كما اتخذ المشروع الفرنسي الايطالي، نموذجا للتشريع المدنى في سائر البلاد اللاتينية، وننتقل الأن للكلام في هذا المشروع.

ب- المشروع الفرنسي الإيطالي كيف نشات فكرة المشروع الفرنسي الإيطالي وكيف نفذت:

نبتت فكرة هذا المشروع اثناء الحرب الكبرى، اذ كانت الشقيقتان اللاتينيتان، فرنسا وايطاليا، تحاربان جنبا إلى جنب. ولما كان التقنين المدنى الايطالي الصادر في سنة ١٨٦٥ مأخوذا من التقنين المدنى الفرنسى، وكانت الفكرة اللاتينية في القانون تكاد تقوم لها ذاتية منسجمة، ومن مشخصات هذه الذاتية، كما قال الاستاذ لارنود (Larnaude)، وحدة المنطق القانوني ووحدة التعبير ووحدة الميل إلى التقنين، لذلك رأى الاستاذ شيالويا Scialoja ترحيبا كبيرا في ايطاليا وفي فرنسا عندما قام يدعو إلى وضع مشروع موحد لقانون الالتزامات والعقود، تشترك فيه جميع الأمم اللاتينية وبخاصة فرنسا وإيطاليا.

وفى اكتزبر سنة ١٩٩١ تكونت لجنة ايطالية غير رسمية بدعوة من الاستاذ شيالويا وتحت رئاسته، لحث الحكومة الإيطالية على مراجعة تقنينها المدنى وفقا لنموذج تتبعه الحكومة الفرنسية فى تعديل تقنينها المدنى أيضا، بحيث يكون هناك تقنين موحد للبلدين فى الالتزامات والعقود، وفى يناير سنة ١٩٩٧ تكونت لجنة فرنسية غير رسمية لنفس الخرض تحت رئاسة الأستاذ لارنود عميد كلية الجقوق بباريس فى نلك

الوقت. وانقسمت اللجنتان الفرنسية والايطالية الى لجان فرعية اخذت تحضر المشروعات، وتقدم عملها إلى اللجنتين الرئيسيتين لتناقشه، وتتصل هاتان اللجنتان الما بطريق المكاتبة أو باجتماع مندوبين عن كل لجنة في باريس أو في روما. وفي أثناء انعقاد مؤتمر الصلح في باريس في سنة ١٩٩٩، انعقدت اجتماعات مشتركة للجنتين معا، وسميت هيئتهما المشتركة بالاتحاد التشريعي ما بين الأمم المتحالفة الصديقة المهنئة المشتركة مندوبون من أمم لاتينية أخرى، وتقرر أن ينشأ لجان الهيئة المشتركة مندوبون من أمم لاتينية أخرى، وتقرر أن ينشأ لجان وبلجيكا، على أن تبقى اللجنتان الفرنسية والايطالية تواصلان العمل بتفويض من البلاد الأخرى. وتلا ذلك انضمام بولونيا ويوجوسلافيا وبيرو إلى هذا التقويض.

وبقيت اللجنتان الفرنسية والايطالية غير رسميتين تعملان كجمعيتين علميتين. ثم تحولتا إلى لجنتين رسميتين. واستمرتا في عملهما ، اللجنة الايطالية تضع القسم الخاص بعصادر الالتزام وأنواعه المختلفة ، واللجنة الفرنسية تضع القسم الخاص بآثار الالتزام وطرق اثباته ، وتشترك اللجنتان في مراجعة ما اتمته كل لجنة . حتى إذا أنجز العمل ، تقدمت اللجنتان لمكرمتيهما في سنة ١٩٢٨ بعشروع موحد في الالتزامات والعقود ، كتب باللفتين الفرنسية والايطالية ، وارفق به تقرير تفسيري . وقدم الاستاذ لارنود رئيس اللجنة الفرنسية تقريرا آخر باسمه إلى الكومة الفرنسية تقريرا آخر باسمه إلى الكومة الفرنسية .

الصياغة التشريعية للمشروع الفرنسي الايطالي وترتيبه:

لا شك في ان الصياغة التشريعية للمشروع الفرنسي الإيطالي متقدمة على صياغة كل من التقنين الفرنسي والايطالي، ولم تكن تلك الجهود الكبيرة التي بنلها واضعوا المشروع من فرنسيين وايطاليين، وهم من كبار حال الفانون في البلدين، في مدة تزيد على عشر سنوات، لتضيع يون ثمرة فن التقنين الحديث.

فالمشروع، من حيث التيويب والترتيب، اشد احكاما. وقد خصص الباب الأول منه لوضع أحكام النظرية العامة للالتزامات. وقد قسم هذا الباب إلى سنة فصول ، تبحث في مصادر الالتزامات وأثارها والالتزامات الموصوفة وانقضاء الالتزامَّات ونقلها وطرق اثباتها . وقد احسن واضعوا المشروع صنعا بأن بدارًا بمصادر الالتزامات، وبدارًا من هذه المصادر بالعقد، كما فعل التقنين السويسري. وقد تحاموا أثر التقنين الألماني، فلم يميزوا الارادة عن العقد، ويفردوها باحكام مجردة، بلغت الغاية من التجريد إلى حد الابهام والتعقيد . على أن المشروع الفرنسي الايطالي أخذ بالارادة المنفردة مصدرا للالتزام، وافردها ببحث خاص وضعه تجاه البحث الذي خصصه للعقد ، وصاغ أحكامها صياغة حكيمة عملية ، وجمع هذه الاحكام كلها في مادة واحدة هي المادة ٣٠. ويصف التقرير الرسمي المرفق بالمشروع ما قام من المناقشات الكثيرة حول هذا النص (ص ٧١ -ص ٧٥ من التقرير)، وكيف وقف بعض الأعضاء في وجه هذا التجديد، وكيف انتهى الجميع إلى ادخاله في شيء من الحذر والحيطة. وقد بوب المشروع الفرنسي الابطالي مصادر الالتزام تبويبا تقدم فيه تقدما واضحا على التقنينين الفرنسي والايطالي، وتأثر فيه كثيرا بالتقنين السويسري، فمصادر الالتزام، في التقنينين، تشمل العقد والارادة المنفردة، وعمل الفضولي، والاثراء دون حق، والعمل غير المشروع، والقانون. ووضع المشروع في الفصل الثاني الاحكام الخاصة بآثار الالتزام من تنفيذ وأعذار وتعويض وما اعطى للدائن من الحق في استعمال حقوق مدينه من طريق الدعوى غير المباشرة ومن الطعن في تصرفات مدينه الضارة به من طريق الدعوى البوليصية. وعرض في الفصل الثالث للالتزامات الموصوفة من شرطية واجلية وتمييزية وبدلية وتضامنية وغير ذلك مثم انتقل في الفصل الرابع إلى اسباب انقضاء الالتزامات فذكر الوفاء وقرن به العرض المقيقي ثم التجديد والابراء والمقاصة واتحاد الذمة ودعاوى البطلان والتقادم المسقط. وقرر في الفصل الخامس لحكام حوالة الحق، وابي أن يجارئ التقنينات الحديثة وتطور التعامل فيجيز حوالة الدين، وقد كانت نزعته المحافظة واضحة كل الوضوح في ذلك . وختم هذه الفصول بفصل سادس أورد فيه لحكام اثبات الالتزامات ووفائها.

⁽م. ۱۹ مقالات د. السنهوري ج.۱)

واعقب الباب الأول ابواب كثيرة، خصص كل باب منها لعقد من المعقود المعينة. فبسط المشروع احكام عقود البيع والمقايضة والايجار والعمل والاستصناع والشركة والوكالة والصلح والايراد المؤيد والايراد المرتب طول الحياة والرهان وعارية الاستعمال وعارية الاستهلاك والوديعة والحراسة والنقل والنزول في الفنادق (Hôtellerie) ورهن الميازة في المنقول وفي العقار والكفالة. وقد عنى المشروع بنوع خاص بعقدي البيع والايجار، وهما أكثر العقود شيوعا في التعامل. وعنى كذلك بعقد الشركة المدنية وادمع في احكامها احكام القسمة وقرر الشخصية المعنوية للشركات. وقصل الحراسة عن الوديعة. واوجد عقدا معينا جديدا هو عقد النزول في الفنادق. ولكنه لم يعرض لعقد التأمين (Contrat d'assurance) مع شيوعه وانتشاره في العصر الحاضر.

تقدير المشروع الفرنسي الايطالي:

يقول واضعوا المشروع في التقرير التفسيري الذي ارفقوا به مشروعهم: «لقد كان المشروع الذي خلص من هذا التعاون في العمل ثمرة مجهود الحوي منظم من جانب فقهاء البلدين الشقيقين. وقد بذل هؤلاء الفقهاء ما في وسعهم حتى يخلقوا بمجهودهم المشترك من القواعد القانونية ما يصبح ان يمثل، في كل بلد من البلدين، ارقى نظام قانوني يطلبه العلم والعمل. فاوجدوا بذلك اول نموذج جدى لما يمكن ان يكون عليه، في المستقبل القريب أو البعيد، قانون خاص جديد لاوروبا، يكون مشتركا بين جميع الامم، أو بين طائفة كبرى من هذه الامم الاوروبية، بل ومن امم أخرى وراء البحار. فنحن تعجلنا بذلك أعمال معهد توحيد بل القانون عالمي مشترك؛ (ص ٣٥ من التقرير).

وقد تأثر المشروع كثيرا بالتقنين السويسري كما قدمنا ، وكان تأثره بهذا التقنين بنوع خاص في دائرة الصياغة والإسلوب. فالمشروع الفرنسي الايطالي يحاكي التقنين السويسري وضوحا ودقة تعبير. وقد كان المشروع عنده صدوره صدى واسع في جميع البلاد اللاتينية ، فاتخذته البانيا تشريعا لها في نفس السنة التي ظهر فيها. وترجمته رومانيا ترجمة رسمية تمهيدا لاتخاذه تشريعا لها. وتأثر به التقنين اللبنانى الأخير كما قدمنا، وكذلك التقنين اليولونى إلى حد. وأكبر مزية للمشروع هى انه يحافظ على الروح اللاتينية في بساطتها ووضوحها.

على أن المشروع ينطوي على نزعة محافظة وأضحة كل الوضوح. فهو بأبي أن بأخذ بكثير من العباديء الحديثة ، حتى لا يدخل تعديلا كبيرا علم التقنينين اللذين يُقوم بتوحيدهما . فقد رايناه لا يعترف بحوالة الدين ومن ينظر في تفاصيل نصوصه يراه يكاد يتعمد أن يحتفظ ببعض أغلاط وقع فيها التقنين الفرنسي، دون ان يوجد سبب ظاهر لذلك الا رغبة واضعى المشروع في الا يحدثوا تغييرات كثيرة في التشريعات الحاضرة. ويقول الاستاذ رببير ، أحد وأضعى المشروع ، في هذه المعنى ما يأتي : دلم يكن الغرض وضع مشروع تقنين يكون جديدا من جميع الوجوه، أو تسجيل كل الافكار التي جدت في موضوع الالتزامات في غضون القرن الماضى وأول القرن الحاضر بنصوص تشريعية. وإنما قصد تقريب قانون كل بلد من قانون البلد الآخر ، مع الخال بعض القواعد القانونية الجديدة التي اخذت بها التشريعات الأجنبية أو القضاء، تمشيا مع الحاجات العملية الحديثة ، في هذا القانون المشترك . وهذه خطة حكيمة ، وخطرها الوحيد هو أنها لا تفسح مجالا للتقدم، فالاتفاق على أبقاء الموجود اسهل من الاتفاق على تحقيق اصلاح فيه . لذلك امعن المشروع الفرنسي الايطالي في نزعته المجافظة أكثر مما يجب في كثير من المسائل. ولم يكن يمكنه تحقيق الاتفاق الا بشالط ابقاء ما ظهر للبعض أنه عتيق، والامتناع بنوع خاص من اقتراح ما لا ينال اجماعا ، (أنظر مقدمة الاستاذ رببير لرسالة الموسيو فيفوردنو في المشروع الفرنسي الايطالي باريس سنة ١٩٣٢ ص٥).

وقد سبق ان قدرنا المشروع الفرنسى الايطالي في مقال اعد للنشر في الكتاب الذهبي للعيد الخمسيني للمحاكم الأهلية في مصر ، فقلنا ما يأتي : وعلى أننا نرى ان المشروع الفرنسي الايطالي ، وهو في ذلك ككل عمل تشريعي يرمى إلى توحيد القونين ما بين الأمم المختلفة ، يحمل اثرا قويا من روح المساومة والرغبة في تسوية الخلاف ما بين التشريعين الذين يرمى إلى توحيدهما . وهو يكاد يكون رجعيا في نزعته ، اذ يحتفظ بالروح اللاتينية إلى حد جعله يضمى من أجل الاحتفاظ بهابالتمشى مع روح التقدم الحديثة في بعض النواحي ، حتى لا يستحدث تغييرا كبيرا في التشريعات الفرنسية والايطالية الحاضرة ، فيكون بذلك أدنى إلى أن تأخذ به الامتان » .

ما يثيره المشروع الفرنسي الإيطالي من التفكير في الطرق العملية التي تتبع لتوحيد القوانين المدنية:

وللمشروع الفرنسى الايطالي مزية خاصة، هى انه يثير كثيرا من المسائل المتعلقة بتوحيد القوانين المدنية ما بين الامم المختلفة. ولهذا الموضوع أهمية كبيرة بالنسبة لبلاد الشرق العربي، فليس بعيدا أن تفكر هذه البلاد في توحيد قوانينها المدنية، على الأقل في دائرة المقود والالتزامات، وهي الدائرة التي يسهل أن تكون مشتركة بين الجميع، وقد عرض الاستاذ لارنود رئيس اللجنة الفرنسية لهذه المسائل باسهاب كبير في تقريره الخاص الذي تقدمت الاشارة إليه، ونحن نختار أهمها ونعرض لها في إيجاز تام لضيق المقام.

فاول مسالة تعرض لتوحيد القانون بين بلاد كثيرة هي الطريقة العملية التي تتبع لتمقيق هذا الغرض. وليس من السهل ان تجمع المندوبين من البلاد المتفرقة ليتفقوا جميعا على مشروع واحد. ولو ان الامم اللاتينية ارتات ان تسلك هذا الطريق، واجتمع مندوبون منهم ليوحدوا ما اللاتينية ارتات ان تسلك هذا الطريق، واجتمع مندوبون منهم ليوحدوا المالموحد في اضعاف المدة التي خلص لنا فيها المشروع اللاتيني الموانين اللاتينية عمي ان يجتمع مندوبو بلدين يمثلان البلاد اللاتينية، بلكانت الضطة العملية هي ان يجتمع مندوبو بلدين يمثلان البلاد اللاتينية كلا من فرنسا وايطاليا في هذا العمل كما قدمنا . وإذا كان ضروريا من الناحية العملية ان يكون عدد البلاد التي تقوم بالتوحيد محدودا أيضا . وقد احسنت فرنسا وايطاليا في البدء بموضوع الالتزامات والمقود ، فهو الموضوع نو الصبغة العامة المجردة ، يغلب فيه الان والصياغة ، وقواعد الفن والصياغة القانونية يسهل الاتفاق عليها ، وهو قانون التعامل والتعامل قد تطور في العصر الحاضر واصبح دوليا غير محصور في حدود وطنية ضيقة . ومن هنا نرى هذه الظاهرة البارزة غير محصور في حدود وطنية ضيقة . ومن هنا نرى هذه الظاهرة البارزة

في تقنينات العصر الحاضر ، فكثير منها يفصل التقنين الخاص بالعقود والانتزامات عن بقية أجزاء التقنين المدنى . وقدد سبقت سويسرا إلى ذلك لاسباب دستورية سيأتي ذكرها فيما يلى . ثم راينا تونس ومراكش ولبنان وبولونيا كل منها تتخذ تقنينا مستقلا للالتزامات والعقود ، وها نحن نرى المشروع الفرنسي والإيطالي يقتصر مبدئيا على هذه الدائرة . بل ان ومجلة الاحكام العدلية ، التي قننها الاتراك ليست في الواقع من الأمر الا تقنينا للالتزامات والعقود .

ثم تأتى بعد ذلك مسألة اخرى هي مسألة الاجراءات التي تتبع للوصول إلى التوحيد المطلوب. وهنا ينفتح امامنا طريقان. الطريق الأول هو طريق المعاهدات الدولية، والطريق الثاني هو طريق التوحيد الفردي. فالتوحيد من طريق المعاهدات يراد به ان توقع الدول التي تريد توحيد قوانينها معاهدة دولية تتضمن هذا التقنين المشترك الذى اتفق عليه الجميع . والتوحيد الفردي هو أن تتخذ كل دولة هذا التقنين المشترك بعمل فردى من جانبها ، أى بمقتضى تشريع داخلى ، دون أن توقع معاهدة مع الدول الأخرى تتقيد فيها بذلك . والتوحيد الفردي اسهل وقعاً ، لأن التوحيد • التعاهدي يقيد سلطان الدولة، ويسلبها حرية التعديل في تشريعها مدة قيام المعاهدة. ولعلاج ذلك يحسن بالدول، إذا اختارت التوجيد التعاهدي ، أن تجعل مدة المعاهدة قصيرة ، وأن تدبر أيجاد هيئة مختلطة دائمة ، تنظر في أمر هذا التقنين المشترك، حتى تقترح على الدول ادخال التعديلات الملائمة في الوقت المناسب. وهناك أمر آخر، هو أمر السلطات القضائية التي تتولى تطبيق التشريع المشترك في كل دولة. فسواء كان التوحيد تعاهديا أو فرديا، لا بد من توقع اختلاف في تطبيق المحاكم للتقنين. وإذا كنا نكفل توحيد التطبيق القضائي في داخل الدولة بإنشاء محكمة عليا يوكل إليها تفسير القانون ، فإن نلك لا يتيسر لنا عندما يكون التقنين مشتركا بين اكثر من دولة . فليس من اليسير أن توجد محكمة عليا دولية تخضع لها السلطات القضائية للدول المتعاهدة . وإذا كان لكل دولة محكمتها العليا، فلا شك في أنه ستكون لكل محكمة كلمتها في تفسير التقنين. وخير طريق للتخفيف من اثر ذلك هو ايجادهذه الهيئة المختلطة الدائمة التى اشرنا إليها . فهى ترقب عن كثب تطور القانون وسير القضاء فى الدول المشتركة فى التقنين ، وتشير من وقت لآخر على هذه الدول باتضاد التدابيرات الدبلوماسية والتشريعية التى تعيد للتقنين المشترك وحدته وانسجامه .

ثانياً: التقنينات الجرمانية

اقدم هذه التقنينات التقنين النمساوي. ويليه التقنين السويسري ثم التقنين الالماني. ونقول كلمة موجزة عن كل من هذه التقنينات.

1_ التقنين النمساوي

تقنين سنة ١٨١١:

ما كاد يتم القرن الخامس عشر، حتى نخل القانون الروماني البلاد النمساوية ، وأخذ يحل محل العادات الجرمانية ، وقد تسرب هذا القانون إلى النمسا من مدرسة بولونيا في إيطاليا، واختلط القانون الروماني بالعادات اختلاطا تاما . حتى إذا كان منتصف القرن الثامن عشر ، الفت لجنة في عهد ماري تيريز في سنة ١٧٥٣ لتقنين القانون النمساوي. وراس اللجنة الأستاذ أزوني (Azzoni) بجامعة براج. وعهد الى اللجنة بتقنين العادات الموجودة مع إكمال الناقص بالالتجاء الىما يمليه العقل السليم (à l'aide de la raison) ، وقد قدمت اللجنة مشروعا سمى بالتقنين التريزي (Codex Thresanius) في سنة ١٧٦٦، وكان بالفا في الطول والاسهاب، إذ بلغ عدد نصوصه ٧٣٧٧ مادة. فأعيد الى اللجنة حتى تختصره. وأصدر جوزيف الثاني في سنة ١٧٨٦ القسم الذي أنجز منه، وهو يشمل مصادر القانون وقانون الأشخاص والأسرة، وسمى بالتقنين الجوزفي (Joséphin) . وفي سنة ١٧٩٦ ، في حكم فرنسوا الثاني ، قدمت اللجنة ثمت رآسة مارتيني (Martini) أستاذ القانون الطبيعي والقانون الروماني في فينا ، مشروعا كاملا نقذ في بعض مقاطعات نمساوية ، ثم شكلت لجنة لاعادة النظر فيه في ظل الملاحظات التي ظهرت من تجارب تطبيقه . وكان آخر رئيس لهذه اللجنة تسيار (Zeiller) الأستاذ بجامعة فينا .

وخليفة مارتينى فى كرسيه. وقد ظلت اللجنة تعمل من سنة ١٨٠١ الى سنة ١٨١١، حيث اتمت مراجعة التقنين.

ويفتتح تقنين سنة ١٨١١ بمقدمة قصيرة . ثم ينقسم الى ثلاثة اقسام الأحكام المتعلقة بالأشخاص ، والأحكام المتعلقة بالأشياء ، واحكام مشتركة بين الأشخاص والأشياء . وقد تأثر هذا التقنين كثيرا بالقانون الرماني ، فتوخى احكامه بنوع خاص فى التبنى والقوامة والملكية الفردية والحق الشخصى والحق العينى والالتزامات ونظام المهر . كما تسربت اليه العادات الجرمانية فى بعض المسائل ، كالسجل العقارى والنظم المالية للزواج وتدخل السلطات القضائية . ولم يخل من اثر تقنين بروسى سابق عليه بسمى بتقنين المصائلة . ولم يخل من اثر تقنين وهى الصبغة التى كانت تسود القرن الثامن عشر ، وقد قام بوضعه كل مت مارتينى وتسيار وكلاهما استاذ القانون الطبيعي(١) . ولم يكن للتقنين الغمساوى كان قد اعد كما راينا منذ سنة ١٩٧٦ ، اى قبل اعداد التقنين الغمساوى كان قد اعد كما راينا منذ سنة ١٧٩٦ ، اى قبل اعداد التقنين الفرنسى .

وقد بدا تنفيذ التقنين النمساوى فى اول يناير سنة ١٨٥٦. وبقى التقنين دون تعديل الى سنة ١٨٥٩. وبلا ذلك عهد امتد من سنة ١٨٥٩ الم سنة ١٨٥٩ مصدر فى خلاله قوانين مستقلة تغير من أحكام التقنين المدنى تغييرا اقتضاه نفوذ البورجوازية المالية ورجال الصناعة والتجارة. ثم تلا ذلك العهد الحاضر، وهو عهد حماية العمال ، فصدرت قوانين مستقلة ايضا بالتعديلات التى تقتضيها هذه الروح الجديدة. فقد تكونت طائفة من القواعد القانونية هى من صنع القضاء، وأصبحت معرفتها ضرورة لاتقل فى الأهمية عن معرفة التقنين ذاته.

. (7.

⁽۱) ونلمح اثر القانون الطبيعي في كثير من المباديء التي قام عليها التقنين النمساوي، فهو يعترف بالحرية الطبيعية يقرها لكل انسان، لا فرق بين وظني واجنبي، وبين طيقة وطبقة، وبين نكر وانثي، وبين دين ودين، ولا يتقيد بالتقاليد التاريخية، بل يحكم العقل، فياتي بحلول منطقية مجردة، ويضع نظاما مصطنعا للميراث يصل الى حد النقة الحسابية، وإنا أعوز القاضي النص كان عليه أن يرجع الى العادات بل الى مبادى، القانون الطبيعي (انظر جاليه ANYO) عديل التقنين المدني النمساوي باريس ١٩٣٥ عدي

تنقيح التقنين النمساوي في القرن العشرين:

كانت حالة التقنين النمساوى فى القرن العشرين كما ياتى: تقنين أصلى ، على هامشه قوانين كثيرة ، صدرت فى اوقات مختلفة ، تعدله فى نواح متعددة . وعلى هامش الهامش اهكام القضاء ، تتكون منها مجموعة من الأحكام القانونية ليست مقننة ولا مرتبة ، والالمام بها ضرورى لمعرفة القانون المطبق . الى هذا كله تطور فى النظم الاقتصادية والاجتماعية والسياسية ، مما يقتضى النظر فى تنقيح التقنين بعد أن مضى عليه قرن كامل .

فغي سنة ١٩٠٤ تألفت لجنة تحت رأسة أونجر (Unger) لتنقيح التقنين، وفي سنة ١٩٠٧ قدمت هذه اللجنة تقريرا بنتائج أعمالها، عرضته الحكومة على مجلس الأعيان باسم ءمشروع قانون بتعديل بعض نصوص التقنين المدنى ٤، فنظرته لجنة فرعية قدمت مشروعها في سنة ١٩٠٩، ثم نظر في هذا المشروع في ظل الانتقادات والملاحظات التي وجهت اليه، وانتهى الأمر بتقديم مشروع ثان في سنة ١٩١٢ توسع في التنقيح والتعدل أكثر من المشروع الأول وصحبته مذكرة ايضاحية قيمة وضعها الأستاذ فون شيء (Von Schey) الذي خلف ارستاذ أونجر بعد وفاته، وأقر مجلس الأعيان هذا المشروع الأخير في ١٩ ديسمبر سنة ١٩١٢ . وأرسل إلى مجلس النواب، ولكن هذا المجلس انفض قبل أن يقره، وأعلنت الحرب الكبرى، فأخذت الحكومة النمساوية تصدر التنقيع أجزاء متفرقة بمراسيم اميراطورية لها قوة القانون طبقاً لما يقضي به دستور الدولة في حالة الضرورة. فصدر التنقيع الخاص بقانون الأشخاص وقانون الأسرة في ١٢ اكتوبر سنة ١٩١٤ ، والتنقيح الخاص بالملكية الشائعة في ٢٢ يولية سنة ١٩١٥، وبقية اجزاء التنقيح في ۱۹ مارس سنة ۱۹۱۳ .

وقد تناول التنقيح نحو ٢٥٠٠ مادة من ١٥٠٢ مادة يتضمنها التقنين الأصلى(١). ولا يزال التقنين المنقح معمولا به حتى الآن في الجمهورية

⁽١) وأهم ما تناوله التنقيع حقوق الجوار والتصرف فى الضمان العقارى وحقوق الاتفاق والميراث ومسائل مختلفة فى قانون الالتزامات، والعقود (إنظر فى ذلك جاليه Gallaix فى تنقيح التقنين المدنى النمساوى باريس سنة ١٩٢٥).

النمساوية . أما البلاد التى انسخلت من الامبراطورية النمساوية بعد الحرب واندمجت فى دول أخرى كيوجوسلافيا وتشيكوسلوفاكيا ورومانيا وبولونيا . فهذه تتبع دولها الجديدة التى أخذت حركة التقنين فيها تنشط فى المهد الأخير على ما سنراه فيما يلى :

ب_ التقنين السويسرى(١)

كيف وضعت التقنينات السويسرية:

لم يكن لهيئة التشريع المركزية في جمهورية الاتحاد السويسري حق التشريع في جميع المواد المدنية. ففكرت حكومة الاتحاد في أول الأمر أن تقنن التشريعات التجارية . فتشكلت لجنة في سنة ١٨٦٣ لبحث مشروع في القانون التجاري وضعه الأستاذ منتسنجر (Munzinger) . ثم لما اعطيت في القانون التجاري وضعه الأستاذ منتسنجر وعميع المسائل المتعلقة بالتجارة والتعامل في المنقول أمكن جعل المشروع شاملا لجميع قانون الالتزامات والقانون التجاري، واتخذ مشروع درسد الألماني الساسل له . وقدم الأستاذ فيك (Gray) الذي خلف الأستاذ منتسنجر بعد موته مشروعه الأول في سنة ١٨٨٧، ونشر للاستفتاء ، ثم ناقشته الهيئة التشريعية ، ووافقت عليه جملة واحدة في سنة ١٨٨٨ ، دون أن تناقش سنة ١٨٨٨ ، دون أن تناقش سنة ١٨٨٨ . وهذا هو تقنين الالتزامات السويسري في صورته الأولى ...

ولما رجع نستور الاتحاد في سنة ١٨٩٨، اعطيت الحكومة المركزية حق التشريع في جميع مسائل القانون المدنى فاعتزمت الحكومة القيام بعملين: تكملة التقنين المدنى ومراجعة تقنين الالتزامات.

وقاًم بالعملية معا الأستاذ هوبر (Huber)، وادمج تقنين الالتزامات في التقنين المدنى. ولكن الهيئة التشريعية اقرت التقنين المدنى، بعد أن فصلت عنه تقنين الالتزامات، في سنة ١٩٠٧ وتقرر أن يعمل به في أول يناير سنة ١٩١٧، وهذا هو التقنين المدنى السويسرى.

واعيدت مراجعة تقنين الالتزامات في لجنة جديدة. فقدمت اللجنة مشروعا نهائيا راجعت فيه التقنين عدا الجزء الخاص بالقانون التجاري،

⁽١) انظر في هذا الموضوع مقالالنافي العدد الأول من السنة السابسة من مجلة القانون والاقتصاد ، عنوانه القانون المدني المصري وعلى أساس يكون هذا التنقيم ؛ .

فاقرته الهيئة التشريعية في سنة ١٩٩١، على أن يبقى منفصلا عن التقنين المدني لأن مراجعته لم تكمل، وقررت أن يكون العمل به في أول يناير سنة ١٩١٧ كالتقنين المدنى. وهذا هو تقنين الالتزامات السويسرى في صورته الحاضرة.

تقدير التقنين السويسري:

كتبنا في مقال لنا ، نشر في مجلة القانون والاقتصاد في العدد الأول من السنة السادسة ، نقدر التقنين السويسري كما يأتى :-

«يمتاز التقنين السويسرى بالوضوح والبساطة، فيتغاير بهذا مع التقنين الأمانى المغلق المعقد، وهو يجمع إلى الوضوح والبساطة والدقة والتعمق، ثم يضم إلى كل ذلك الجدة والتمشى مع النظريات العلمية، ففيه تجتمع مزايا التقنين الالمانى من حيث القيمة الفنية، ومزايا التقنين الألمانى من حيث القيمة الفنية، ومزايا التقنين من ناحية الشكل ومن ناحية الموضوع، ووضوحه كان سببا في إنتشاره من ناحية الشكل ومن ناحية الموضوع، ووضوحه كان سببا في إنتشاره انتشارا سريعا، واصبح شأنه من حيث الذيوع في القرن العشرين شأن التقنين الفرنسي في القرن التاسع عشر، وقد داخ الأمر ببعض الأمم، كالترك، أن اتخذته تشريعاً لها جملة واحدة، وأثرته على جميع التقنينات الغربية عندما أرادت الانتقال من الشريعة الاسلامية الى التشريع.

ويفخر السويسريون بأن تقنينهم من نسج ايديهم لم ينحوا فيه منحى التقليد المجرد، وفي هذا يقول الأستاذ روسل (Rossel): قد استمددنا التقنين المدنى السويسرى من مصادر هي مصادرنا، وقد استطعنا أن نتجب الاستعداد من التشريعات الأخرى، وإذا كان طبيعيا أن توجد مسائل مشتركة بين تقنيننا والتقنين الأماني أو التقنين الفرنسي، فتقنيننا ليس مديناً لأى من التقنينين، أو هو على الأقل ليس مديناً لهم إلا في بعض مديناً لأى من التقنينية، وبقدر واحد تقريباً بالنسبة لكل منهما، ويمكن القول أن تقنيننا قد نسج على منوال طباعنا واخلاقنا وعقليتنا، إذ أنه حقاً تشريع سويسرى قبل كل شيء ٤، وهذا وصف رائع لما يجب أن تكون عليه تشريع الأمم إلا قتباس الاقتباس والشريعات الأمم، وأن كان فيه شيء من المبالغة من حيث اجتناب الاقتباس من التشريعات الأجبية.

وليس السويسريون وحدهم الذين يعجبون بتقنينهم، بل يشترك في هذا الاعجاب كثير من العلماء الأجانب فيرى الأستاذ جودميه أن التقنين السويسرى قد امتاز ببساطته، وبتجنبه للتعقيدات الفقهية، وبصبغته المعلية السائدة، وقد حقق بهذا الوضوح وبهذه البساطة، الى اقصى حد ممكن، المثل الأعلى لتشريع ديمرقراطى. ويرى الأستاذ جوسران أن التقنين السويسرى قد فاق التقنين الألماني من وجوه كثيرة، فهو اكثر مرونة، وأقل صبغة فقهية، وأكثر قبولا للأفكار الحديثة في المساواة والتضامن الاجتماعي، وهو لم يحاول أن يوجد حلا لكل فرض، بل ترك للقاضي وللفقيه حرية واسعة في التقدير وفي الاجتهاد، وأكتفي بتقرير المباديء العامة، فأمن بذلك أن يشل تشريعه من تطور القانون، ويرى الأستاذ والتون أن التقنين السويسري هو خير تشريع تحديه امة تريد أن تقتبس من التشريعات الأجنبية، لبساطة عبارته، ووضوح اسلوبه، وصبغته العملية؛

ولا نزال عند تقديرنا هذا، لا ننقص منه حرفا.

ترتيب التقنين السويسرى:

قدمنا أنه يوجد تقنينان، تقنين الالتزامات والتقنين المدنى. أما تقنين الالتزامات فيتضمن قسمين:

القسم الأول يضع احكام النظرية العامة للالتزامات. وهو في خمسة أبواب. خصص الباب الأول لمصادر الالتزام وهي العقد (وذكرت احكام العقد غير منفصلة عن احكام الارادة بوجه عام خلافا للتقنين الألماني الذي فصل ما بين الشيئين. وترتيب التقنين السويسري اكثر وضوحا من الناحية العملية). والعمل غير المشروع والاثراء على حساب الغير. وقد تضمنت احكام العقد حكم الارادة المنفردة كمصدر للالتزام، وخصص للفضالة باب مستقل في القسم الثاني. أما القانون كمصدر للالتزام فقد ترك مفهوماً من ثنايا النصوص. وخصص الباب الثاني لأثر الالتزام، فقد فقرر احكام وفاء الالتزام واحكام عدم الوفاء واثر الالتزام بالنسبة للفير. وخصص الباب الثالث لانقضاء الالتزام بالابراء أو التجديد أو اتخاذ الذمة أو استحالة الوفاء والمقاصة والتقادم، وخصص الباب الرابع للالتزام الموصوفة، من التزامات تضامنية والتزامات شرطية وعربون وشرط

جزائى اما الأجل فقد عرض له التقنين عند الكلام فى وفاء الالتزام وتحديد ميعاد الوفاء وذلك فى الباب الثانى، وخصص الباب الخامس لنقل الالتزام حوالة حق وحوالة دين، وقد اخذ التقنين بحوالة الدين كما اخذ بحوالة الحق.

والقسم الثاني. يقرر احكام العقود المعينة المدنية والتجارية عقدا عقدا وهي البيع ومعه المقايضة ، والهية ، والايجار ، والعارية بنوعيها والعمل ، والمقاولة ، والنشر ، والوكالة ، والسند بفتح الاعتماد ، والسمسرة والفضالة ، والعمولة ، والنقل والاعتماد التجاري والإجالة والوديعة ، والكفالة ، والرهان ، والايراد والشركات والأوراق المالية والدفاتر التجارية . ويلاحظ أن التقنين السويسري ابتدع عقودا معينة جديدة كعقد النشر وعقد الاحالة ، وأورد الفضالة ضمن العقود المعنية وهي ليست بعقد ، وادم التجاري في تقنين الالتزامات .

والتقنين المدنى يتضمن أربعة كتب الكتاب الأول في الأشخاص الطبيعية والمعنوية والكتاب الثاني في قانون الأسرة ، ويتناول الزواج والطلاق والنظام المالي للأسرة والنسب الشرعي والنسب الطبيعي والنققة والسلطة الأبوية ومال الأسرة والوصاية . والكتاب الثالث في الميراث والوصية . والكتاب الملكية والحقوق الارتفاق والرهن بنوعيه والحيازة والسجل العقارى : ويلاحظ أن القانون المدنى السويسرى قد ادمج التأمينات العينية مع الحقوق العينية الاصلية في كتاب واحد .

جــ التقنين الالماني (*)

كيف وضع التقنين الالماني:

اتخذت البلاد الالمانية القانون الروماني قانونا لها زمنا طويلا. وكانت تطبق إلى جانبه أيضا العادات الجرمانية. وعمد فردريك الأكبر

 ⁽ه) انظر في هذا الموضوع ايضاً مقالنا المنشور في العدد الأول من السنة السادسة من مجلة القانون والاقتصاد، وهو المقال الذي سيقت لنا الاشارة إليه.

إلى تقنين القانون الالماني ، وقد بدأ تحضير هذا التقنين في سنة ١٧٤٦ ، ولكنه لم يعمل به إلا في سنة ١٧٩٤ . ثم أخذت حركة التقنين يفتر نشاطها لما وقف سافيني وقفته المعروفة ضد التقنين. ولكن عادت الحركة إلى النشاط عندما تكون اتحاد الشمال الجرماني، ووجدت هيئة تشريعية مركزية لهذا الاتحاد . ثم تألفت في سنة ١٨٦٠ جمعية من الفقفهاء الالمان والنمساويين (Juristentag)، تعمل لتوحيد القوانين الجرمانية وتقنينها . فعقدت الجمعية عدة مؤتمرات خلصت منها بمشروع لقانون الالتزامات هو المعروف بمشروع درسد (Dresde)، وهو المشروع الذي اقتبس منه التقنين السويسري بعض احكامه كما قدمنا . ولما توحدت الامبراطورية الالمانية في سنة ١٨٧٠ ، جعل التشريع المدنى من اختصاص الهيئة التشريعية المركزية. فشكل مجلس البوندسرات (Bundesrath) في سنة ١٨٧٤ لجنة لتحضير خطة عامة لتقنين مدنى . ثم تألفت لجنة مشكلة من احد عشر عضواً كلهم من الفقهاء والقضائ. وقد قام كل عضو بكتابة النصوص في موضوع من موضوعات القانون وكل إلية، وأخذت هذه اللجنة بمشروع درسد في الالتزامات. وتم بذلك تحضير مشروعات ابتدائية كاملة النصوص في سنة ١٨٨٠ . واجتمعت اللجنة بعد ذلك لتناقش هذه المشروعات، وظلت في عملها حتى سنة ١٨٨٧، فاخرجت والمشروع الأول؛ للقانون الالماني. ونشر هذا المشروع رسميا للاستفتاء في سنة ١٨٨٨ . وقد لوحظ بوجه عام على المشروع ان لغته اقرب للفقه منها إلى التشريع، وأن نفوذ القانون الروماني متغلغل فيه. ومن أجل هذا قام في وجهه جبيرك (Gierke) ، الفقيه الالمائي المعروف ، وكان من أكبر الدعاة لوجوب الأخذ بالعادات الجرمانية إذ هي قوانين البلاد الاصلية، ونادي بوجوب تغليب هذه العادات على القانون الروماني الدخيل في التقنين الجديد . فشكل مجلس البوندسرات في سنة ١٨٩٠ لجنة أخرى من اثنين وعشرين عضواء جمعت إلى رجال القانون رجال الصناعة والتجارة والمال وكبار الملاك . واتخذت هذه اللجنة اساسا لعملها والمشروع الأول ع وأخذت في تعديله، وكلما انجزت جزءا نشرته للاستفتاء. فانتهى «المشروع الثاني» في سنة ١٨٩٥. ثما عادت اللجنة الى مراجعة هذا المشروع في ضوء ما حصلت عليه من نتائج الاستفتاء الذي قامت به، فعدلت منه أيضا . وعرض هذا المشروع الثاني المعدل (المشروع الثالث) على مجلس البوندسرات في يناير سنة ١٨٩٦ ، بعد أن تخفف من نزعته الفقهية وزاحمت فيه التقاليد الجرمانية النفوذ الروماني . فنظر فيه هذا المجلس، واحاله، وقد أصبح ،مشروعا رابعا، على مجلس الرينسستاج .

واتفقت الحكومة مع الأجزاب السياسية على أن تقصر الأحزاب حقها في طلب التعديل على المسائل السياسية والاجتماعية والدينية، تاركة مسائل الصياغة القانونية كما هي دون تعديل حتى لا يختل تناسقها. والف مجلس الريشستاج لجنة مثل فيها كل الأحزاب. وقد اقترحت هذه اللجنة ما راته من التعديلات في حدود ما سبق الاتفاق عليه، فكان ذلك سببا في سهولة موافقة المجلس على المشروع والسرعة في ذلك، إذ وافق عليه في أول يولية سنة ١٨٩٦. وفي ١٤ يولية من السنة نفسها وافق عليه مجلس البوندسرات، وكان قد عرض عليه أولا كما قدمنا. وصدر في ٢٤ أغسطس سنة ١٨٩٦ على أن يعمل به من أول يناير سنة ١٨٠٠.

تقدير التقنين الألماني:

قدر التقنين الأمان تقديرا مختلفا، فذكرت محاسنه وعيوبه. فكتب الأستاذ جودميه (Gaudemet) في مقاله المنشور في كتاب العيد المثيني للتقنين الفرنسي عن هذا التقنين ما يأتى: «ظهر التقنين الأماني، وهو للتقنين الفرنسي عن هذا التقنين ما يأتى: «ظهر التقنين الأماني، وهو اليها الفقه الأماني في غضون القرن التاسع عشر ، سواء في دائرة الباندكت (القانون الروماني) أو في دائرة القانون الجرماني الخاص. ولكن كثيرا من الشراح يرى أن هذا التقنين من الناحية الاجتماعية لايسد كل الحاجات التي يتطلبها دولة ديمقراطية. وقد قيل عن التقنين الأماني، كما قيل عن التقنين الفرنسي، انه تقنين مغرق في نزعته «البرجوازية»، وقد وضع ليحمى مصالح الطبقات المالكة، ولا يفسح الا مكانا ضيفا للأفكار الحديثة، التي تقضى جحماية الضعيف وبتوثيق التضاعن الاجتماعي».

وبعد أن نكر الأستاذ جوسران محاسن هذا التقنين من حيث نضوجه، ومن حيث أنه جمع خلاصة الفقه القانوني في القرن التاسع عشر، قال ما ياتى: «وله ، ألى جانب مزاياه ألتى لانزاع فيها ، عيوب لاتقل عنه تحقيقا . فهو عمل نظرى فى جوهره ، وقد كتب بأسلوب ثقيل لايستمرا ، واجتمعت فيه الصنعة والتجريد . وقد أراد المشرع الألمانى أن يضع حلا لكل شىء ، وأن يفترض كل الفروض ، مستعينا فى هذا بصناعة سار فيها ألى أبعد شوط . وإذا كان قد نجح فى هذا بعض النجاح ، فقد خسر فى سبيل هذا النجاح ، مزيتى الوضوح والنزعة العملية . ولاشك فى أن العمل جليل يعلى الاحترام ، ولكنه كان مجهودا فقهيا أكثر منه مجهودا عمليا تسرى فيه روح الحياة ».

ومهما يكن من أمر عيوب هذا التقنين ، فإن تحضيره يمتاز دون شك بما يأتى :

- (١) هذه العدة الطويلة التي صرفت في وضعه حتى صار محكما
 دقيقا . وقد جمع خلاصة اللغة الألماني في أرقى مراحله .
- (٣) اشتراك غير القانونيين، من رجال الصناعة والمال وكبار الملاك، في تحضيره، وهذا ما جعله ثمرة التجارب العملية، كما هو خلاصة النظريات الفقهية والتقاليد القضائية.
- (٣) طرق الاستفتاء الواسعة المختلفة التى كان مجلا لها، مما ساعد على تمحيصه تمحيصا دقيقا، وسمح لعدد كبير من المشتغلين بالقانون بالمساهمة في تحضيره، كل بما وسعته طاقته.

ترتيب التقنين الالماني:

جاء التقنين الالمانى فى خمسة كتب. خصص الكتاب الأول منها لمقدمة عامة ، عرضت للاحكام المتعلقة بالشخص وبالشىء وبالعمل القانونى ، وانتهت باحكام فى التقادم المسقط وكيفية استعمال الحق . وعرض المشرع الالمانى عند الكلام فى الاشخاص للشخصية المعنوية والجمعيات والمنشآت ، وعند الكلام فى العمل القانونى لموضوعات كثيرة من نظرية الالتزام ، كالاهلية والعقد والنيابة والالتزامات الموصوفة ، مما جعل هذه النظرية تتوزع بين المقدمة والكتاب الأول توزعا ليس من شأنه أن يسهل البحث . ووردت نظرية التعسف فى استعمال الحق عند ذكر كيفية استعمال الحقوق .

أما الكتب الأربعة الاخرى، فالاثنان الاخيران خصصا لقانون الأسرة والميراث، والكتابان الأولان لقانون المعاملات، اشتمل احدهما على ما بقى من نظرية الالتزام وعلى العقود المعينة، وعرض الثاني للاشياء، فبدأ بالحيازة، واخذ فيها باحدث النظريات، ثم استعرض اسباب اكتساب الملكية، وقد عدلت تعديلا جوهريا بسبب ادخال نظام السجل العقارى،

ثالثًا ـ التقنينات الاخرى الحديثة التي ظهرت في القرن العشرين

نشطت حركة التقنين في القرن العشرين عقب الحرب الكبرى. ويرجع والسبب في ذلك إلى نشوء دول جديدة، أوجدتها معاهدة فرساى، كيرجوسلافيا وتشيكوسلوفاكيا ويولونيا. وكل دولة القت بالها إلى التقنين حتى تدعم وحدتها الوطنية، وحتى تعالج تباين القوانين المطبقة في اجزائها القديمة وفي البلاد الجديدة التي انضمت إليها.

ومن أهم التقنينات التي تشير اليها التقنين البرازيلي الذي صدر في سنة ١٩١٧ وقد ظهرت فيه النزعة المادية الجرمانية مع أنه تقنين لاتيني، والتقنين السوفييتي الذي صدر في سنة ١٩٢٧ ، والتقنين البولوني الذي صدر في سنة ١٩٣٧ ، هذا عدا مشروعات تقنين صدرت من أفراد أو من هنئات(٢).

⁽١) ونشير منا ايضا الى التقنين التركي وقد نقل حرفيا من التقنين السويسرى، والتقنين السيني وقد صدر اجزاء متفرقة ابتداء من سنة ١٩٢٩ ، (وبهذه المناسية نفكر التقنين الياباني وهو قديم صدر في سنة ٢٨٩٦)، والتقنين الروماني، والقانون التشيكوسلوفاكي، ويضيق المقام عن استعراضها في هذا المقال.

⁽Y) انظر على سبيل المثال مشروع تقنين دولى للالتزامات وضعه الأستاذ فرنسكو كرسينتيني (Francesco Cosentini) (مجلة التشريع المقارن سنة ١٩٣٤ من ١٨١). وأنظر مضروعا دوليا لعقد البيع وضعته لجنة مشكلة من فريق من الفقهاء من مختلف الجنسيات (هرست وجائريدج وكابيتان وهامل ورابل) قام بتاليفها العمهد الدولى لتوحيد القانون الخاص بروما ، والجرة هذا المعهد . وعرضته عصبة الأمم على اعضائها لاتضادة نمونجا للتشريع . وقد استقرت اللجنة في وضعه نحو خمس سنوات . اعضائها لايمهد الي سنة ١٩٣٤ ، والازه المعهد الدولم في سنة ١٩٧٥ .

ونختار التقنين السوفييتي والتقنين البولوني لنقول كلمة موجزة عن كل منهما لضيق المقام.

1- التقنين السوفييتي(١)

حالة التشريع في الروسيا قبل الثورة:

عرفت الأمة الروسية التشريع واكثرت منه الى حد الاسراف، فى عهد الماسرتها الأقدمين. وأول تقنين منظم عرفته كان تقنينا أصدره القيصر (Aulojené)، وسمى بتقنين (Alacis Mikhailbviteh)، وسمى بتقنين (Alexis Mikhailbviteh)، وسدى بتقنين على مجموعة من وكان صدوره سنة ١٦٤٩. ويشتمل هذا التقنين على مجموعة من النصوص، استعارها القيصر من أقوال القديسين وآباء الكنيسة والقوانين البيزانطية وأوامر القياصرة الأقدمين، الى بعض أضافات استحدثها. ويقى هذا التقنين أساسا للقانون الروسى حتى أول القرن الثامن عشر.

وحاول بطرس الأكبر (سنة ١٦٨٧ - ١٧٢٥) إن يضع تقنينا جديدا يقتبسه من التقنين السويدي، بجانب خليط من العادات الروسية، ولكن الموت عاجله قبل أن يتم عمله، وكذلك حاولت كاترين الثانية اصدار تقنين، واتخنت إجراءات ترمى الى تحقيق نلك، ولكن الحروب حالت بينها وبين ما كانت تنوى أن تتمه، وأراد اسكندر الأول، حليف نابيلون أن يقلد حليفه في التقنين، ولكن الجهود التي بنلها في سبيل نلك لم تنتج، فقد وقف له الرجميون بالمرصاد، يقاومون كل جديد. وفي عهد نيقولا الأول، استطاع وزيره سبيرانسكي (Spiransis) أن يجمع القوانين الروسية المتفرقة من عهد تقنين ميخاييلوفتش (Mikhallovise)، ويرتبها ترتيبا منطقيا منظما، ثم يستخلص منها ما هو معمول به في مجموعة سميت بمجموعة قوانين الامبراطورية الروسية (Corps des lois de l'Emire Russis)،

⁽١) انظر تقنينات روسيا السوفيتية مترجمة بقلم الأستاذين Patouille لمنظرة في مجموعة معهد ومقدمة لها بقلم الأستاذين لامبير Lambert و Patouille و منشورة في مجموعة معهد القانون المقادن بليون المجلد القاسم باريس سنة ١٩٢٥ .

⁽م. ۲۰ مقالات د . السنهوري ج. ۱):

القوانين الجديدة التى كانت تصدر عاما عاما، وبنلك تم تدوين القوانين الروسية في مجموعات معروفة. ثم آخذ القيصر نيقولا الأول ينقح القوانين، فنقح القانون الجنائي في سنة ١٨٤٥، ونقيه ابنه اسكندر الثاني تنقيما ثانيا. ثم الف اسكندر الثالث لجنة في سنة ١٨٨٧، التضع مشروع قانوني مدنى، وبقيت هذه اللجنة تعمل الى حكم نيقولا الثاني مادري مدنى، القولا الثاني الثورة في مارس سنة ١٩١٧ وقفت حركة التقنين.

التقنين السوفييتي :

منذ شبت الثورة في سنة ١٩٧٧ إلى سنة ١٩٢١ والتشريعات تتولى ثم أخذت التقنينات تصدر في العهد الجديد، فصدر تقنين مدنى، وتقنين للأجراءات للأسرة، وتقنين للمنابع المدافعات المدنية، وتقنين جنائي، وتقنين للأجراءات الجنائية، وتقنين للمناجم الخ الخ. وقد صدرت كل هذه التقنينات في فترة قصيرة من سنة ١٩٢٧ الى سنة ١٩٣٧ وريد بها أن تعيد التنظيم الاقتصادي للبلاد الروسية على اثر اخفاق تطبيق الشيرعية الكاملة في هذه البلاد.

وكانت السرعة الكبيرة التي صدرت بها هذه التقنينات سببا في اشتاذ الشمالها على كثير من العيوب. فالتقنينات الروسية، كما يقول الأستاذ الامبير، لا تعتاز بما استازت به التقنينات الفرنسية من الوضوح ورصانة العبارة، ولا ترتفع إلى درجة العبياغة الفنية التي ارتفعت إليها التقنينات الامانية.

على أن الذي يميز التقنينات السوفيتية هو انها تقنينات وضعت للشعب بلغة يفهمها الشعب، وقد تجنب واضعو هذه التقنينات استعمال المسطلعات القانونية إلا بالقدر الضروري، على مصطلعات غير مفلقة، يفهمها الجمهور من الناس، ولكن الوصول إلى لغة شعبية يكتب بها التشريع يحتاج إلى كثير من التأنى وحسن اغتيار العبارات، حتى لا تفقد النصوص التشريعية دقة المعنى ووحدته، ولم يكن هذا من حظ التقنينات السوفيتية لذلك لم تجمع نصوصها إلى البساطة الدقة في التعبير.

ونقتصر الآن في الكلام على التقنينات السوفيتية، على تقنين الاسر، والتقنين المدنى، وهما منفصلان. فتقنين الاسرة يحتوى على ابواب اربعة، باب لسجلات العواليد والوفيات والزواج، وآخر للزواج، وثالث لنظام الأسرة من بنوة وتبن، ورابع للوصاية، اما التقنين العدني فيشتمل على اربعة كتب الكتاب الأول يحتوى على قسم عام، يقرر المبادىء على اربعة كتب الكتاب الأول يحتوى على قسم عام، يقرر المبادىء العامة المتطقة بالاشخاص والاشياء والاعمال القانونية، وسقوط الدعوى بالتقادم. وفي هذا الترتيب نرى اثر التقنين الالماني. والكتاب الثاني يتناول الحقوق العينية، فيقرر احكام الملكية وحق البناء والرهن. والكتاب الثالث خصص للالتزامات، فيقرر احكام النظرية العامة، ثم نظرية العقد، وبعد ذلك يستعرض العقود المعينة، فيبدا بالايجار، ثم البيع والمقايضة والقرض والعقاولة والكفالة والشركات العدنية والتجارية، والتامين ثم يرجع إلى المصادر الاخرى للالتزام، الاثراء دون حق والعمار الخسار . أما الكتاب الرابع فيقرر احكام الميراث والوصية .

والنزعة الفالبة على التقنين السوفييتي هي نزعة التوفيق ما بين المباديء الشيوعية والخضوع لمقتضيات الحياة العملية . ولذلك بعد هذا التقنين وثيقة غطيرة، لا من حيث الصياغة الفنية، بل من حيث تطور التظريات الاجتماعية والاقتصادية. وقد اعترف التقنين السوفييتي بالأسرة والزواج والملكية والتعاقد ، ولكنه عدل كثيراً من أحكام هذه النظم الراسمالية، بما يقربها من روح الاشتراكية . فالأسرة في التقنين السوةييتي شبيقة مجدودة العدد ، لاتشمل غير الزوجين والأصول والغروع والأخوة والأخوات، ولا يبقى أكثر هؤلاء في الأسرة الا ريثما يبلغون سن الرشد . والزواج لايجعل الزوجين مرتبطين في أموالهما ، بل هذاك فصل تام بين مال الزوج ومال الزوجة، وهناك مساواة تأمة بين الرجل والمراة ، ولا سلطة للأب على أولاده ولكن للأولاد حق الحماية على أبيهم ، والبنوة الطبيعية كالبنوة الشرعية لا فرق بينهما ، ويقيد التقنين السوفييتي من استعمال الحقوق بالغاية الاقتصادية والاجتماعية التي قررت من أجلها، وبيني المسؤولية عن العمل الضار على أساس مدني لا ضرورة فيه لركن الخطأ ، ويوسم من الملكية المشتركة وملكية الدولة ، ويضيق من الملكية القردية، ويضم على سلطان الارادة قيودا واسمة فلا يكاد يوجد أمام الأقراد الا عقود نظمها القانونُ والزمهم باتباعها . وظاهرتان اخريان بارزتان في التقنين السوفييتي. أولهما أنه يفسح المجال واسعا لتدخل القضاء. ففي كثير من الأحوال يسكت عن الحكم، أو يورده مبهما، أو يقرره في معايير مرنة لا في قواعد ضيقة، مما يجعل تدخل القضاء ضروريا لاكمال الناقص، وتوضيح المبهم، وتطبيق المعايير تطبيقا يتلاءم مع الظروف التي تطبق فيها. والثانية هي أنه يفسح أيضا المجال للدولة تتدخل في شؤون الأفراد، فكثيرا ما جعل الروابط المدنية تحت رعاية الهيئات الادارية ولم يقف في ذلك حتى دون روابط المرابع والمنتها،

ب. التقنين البولوني

تاريخ وضع التقنين البولونى وترتيبه:

بدت في بولونيا حركة قوية في سبيل التقنين، على أثر رجوع وحدتها واستقلالها بعد الحرب الكبرى، فصدر تقنين جنائي، وتقنين للمرافعات المدينة، وتقنين تجاري، وتقنين للالقزامات والعقود، وتقنين مدنى، وفي يدنا الآن تقنين الالتزامات والعقود، وهنا ظاهرة نلاحظها في حركة التقنين المدنى، وقد رأينا نلك في التقنين الالتزامات والعقود عن بقية الجزاء التقنين المدنى، وقد رأينا نلك في التقنين السويسرى وفي المشروع الفرنسي الإيطالي، وفي التقنين التونسي وفي التقنين المراكشي وفي للتقنين البراكشي وفي للتقنين المراكشي وفي للتقنين البراكشي وفي تقدر أن يكون للبلاد العربية تقنين موحد في وقت قريب، فائما يكون ذلك بالاقتصار على تقنين في الالتزامات والعقود.

وقد الفت لجنة لوضع مشروع لتقنين الالتزامات والعقود في بولونيا سنة 1979. واتخذت هذه اللجنة اساسا لعملها مشروعات سابقة وضعها الأستاذ لرنست ثل (Ernest Thill) ومعه الأستاذ لونچشان دى بيربيه (Longchamps de Bérier) واساتذة آخرون. وبدأت القراءة الأولى من ١٥ أغسطس سنة ١٩٣١ إلى ١٨ مارس سنة ١٩٣١، والقراءة الثالثة من لا نوهمبر سنة ١٩٣٧، إلى ١٩٣٠، والقراءة الثالثة من لا نوهمبر سنة ١٩٣٧، وبعد أن الرته اللجنة الفيا للتقنين. ثم عهد إلى لجنة اخرى باعادة

النظر فيه مرة اخيرة، لمراجعة التعديلات التي ادخلت، وتوحيد المصطلحات التي استعملت. فبدات اللجنة عملها في ٢٨ يونيه سنة ١٩٣٢، وانتهت منه في ٦ يوليه سنة ١٩٣٣. وصدر التقنين في ٢٧ اكتوبر سنة ١٩٣٣، على أن يكون تنفيذه في اول يوليه سنة ١٩٣٤.

وهو يشتعل على سبعة عشر بابا ، منها خمسة القسم العام ، في مصادر الالتزامات واتواعها وانتقالها وطرق انقضائها وحق الدائن في الطمن في تصرفات مدينه بالدعوى البوليمية ، وقد نكر التقنين البولوني اثر الالتزام عند الكلام على الوفاء به في طرق الانقضاء ، وجعل الدعوى البوليمية في بناب مستقل وكيفها التكييف القانوني الصحيح فهي دعوى بعدم سريان تصرف المدين في حق الدائن . وخصصت بقية الأبواب للعقود المعينة : البيع والمقايضة والهبة والايجار والمارية بنوعيها وعقد المعل والسند لحامله والصلح والكفائة . وقد روعي في ترتيب العقود المعينة البدء بالعقود المنافئة الملكية ، فالعقود الوقعة على المنفعة ، فالواقعة على المنفعة ، فالواقعة على المنفعة ، فالواقعة على البودنى وضع الهبة في العقود المعينة . وهجر فكرة العقود العينية ، ولم

تقدير التقنين البولونى:

هو أحدث تقنين مدنى ظهر . وقد جاء آية في الاتقان . ولم يقصر واضعهوه في الانتقاد من التقنينات التي ظهرت حتى الآن . استفادوا من التقنين الفرنسي ، ومن المشروع الفرنسي الايطالي ، ولكنهم استفادوا بنوع خاص من التقنينين الألماني والسويسري . وأشاروا أمام كل نص وضعوه الى ما يقابله من النصوص في هذه التقنينات الأربعة . وعندي أن التقنين البولوني يفضل في مواضع كثيرة هذه التقنينات ، إذ جمع مزاياها وتجنب عيوبها .

على أنه أقرب ما يكون الى التقنين السويسرى، في وضوحه ونقته، ولنقسامه الى فقرات غير طويلة، وتجنبه للتعريفات الطمية، وعدم استعماله مصطلحات فنية نقيقة. وقد أخذ في الموضوع بكثير من النظريات الجرمانية، فعنى باستقرار التعامل في أخذه بالارادة الظاهرة وفي اشتراطه العلم بالغلط وفي الصورية وفي وفاء الالتزام. ولم يجعل تدخل القضاء ضروريا في كثير من الفروض كطلب البطلان لعيب من عيوب الرضاء، وطلب الفسخ للعدم تنفيذ العقد، وطلب الفسخ للعيب الخ الخ. وجعل الارادة المنفردة محمدرا للالتزام. ولم يجعل للشرط الرا رجعيا. واتخذ فكرة الخطأ اساسا للمسؤولية التقصيرية(١)، وعدد بالتفصيل قرائن الخطأ، وجعل التعسف في استعمال الحق مبينا على فكرة المسؤولية التقصيرية. وقرر مسؤولية عديم التمييز الى قدر معدود، واجاز حوالة الدين، وأخذ بنظرية الظروف الطارئة.

هذه لمحة عن حركة التقنين منذ القرن التاسع عشر الى اليوم ، يمكن أن نستظمى منها دروسا نافعة في فن التقنين وأسلوب المسياغة التشريعية وقد عرضت لنا في خلال وصف هذه الحركة مناسبات ذكرنا فيها شيئا من ذلك . ونحيل الى القارئ على مقال لنا نشر في السنة السابسة من مجلة القانون والاقتصاد (في وجوب تنقيح التقنين المدنى المحسرى) استعرضنا فيه القواعد العامة في الصياغة التشريعية وصناعة التقنين .

وننتقل الآن الى القسم الثاني من هذا المقال ، الخامس بالتقنين المدنى في المراق .

التقنين المدنى في العراق

لاشك في حاجة العراق العاجلة الى اصلاح شامل في قوانينه المدنية . فهر يشكو من نقصين كبيرين :

(المنقص الأول): تشتت القوانين المدنية وانتشارها في نواح مختلفة، فهناك مجلة الأحكام العدلية، وهي الأصل في القوانين المدنية،

 ⁽١) انظر في موضوع المسئول<u>ية</u> التقصيرية في التقنين البولوني محاضرة للأستاذ هنري مازو نشرت في مجلة التشريع المقارن السنة الثالثة والستين سنة ١٩٣٤ ص ١٩٣٠ ـ ص ٢٧٣ .

واكنها لاتجمع كل هذه القوانين. بل هي أقرب الى أن تكون قانونا للعقود المدنية، ولا أقول العقود والالتزامات، فانها لا تتضمن نظرية عامة للالتزامات إذا استثنينا بعض النصوص الخاصة بالمسؤولية التقصيرية. والى جانب مجلة الأحكام العدلية يوجد قانون الأراضي، وهو قانون ورثه العراق عن الدولة العثمانية ، كما ورث مجلة الأحكام العدلية عنها ، وكما ورث قوانين أخرى مختلفة ، منها نظام الطابو ، وقانون التصرف بالأموال غير المنقولة ، وقانون تصرف الأشخاص الحكمية بالأموال غير المنقولة ، وقانون تقسيم الأموال المشتركة غير المنقولة، ونظام ايجار العقار، وقانون انتقالات الأموال غير المنقولة، وقانون توسيم الانتقال، وقانون انتقال المسقفات والمستغلات الموقوفة بالاجارتين، وقانون وضع الأملاك غير المنقولة بصفة تأمينات الخ الخ . . . فإذا أضفنا الى كل ذلك قانون الأحوال الشخصية وأحكام الأوقاف، وهذه تؤخذ من الشريعة الاسلامسة رأسا ، رأينا الى أى حد تتوزع القوانين المدنية بين جهات متفرقة ، وكيف تضطرب هذه القوانين وتتبلبل ، حتى يصبح الباحث عنها في حيرة لايعرف هل استقصاها كلها ، أو هو في حاجة الى التنقيب عن بقاياها في بعض القوانين الأخرى، كقانون المرافعات المدنية، وقانون الاجراء وفيه ' نصوص عن حقوق الامتياز وأحكام مدنية أخرى.

(الفقص الثاني) قدم العهد بهذه القوانين. فالمجلة هي احكام الشريعة الاسلامية مقصورة على أرجح الأقوال من المذهب الحنفى، وسائر القوانين هي قوانين تركية عتيقة، ترجع الى عهود قديمة، وقد دار الدهر وهي لاتزال جامدة، وقد احسنت اللجنة المالية بمجلس النواب العراقي، إذ كتبت في تقريرها عن ميزانية سنة ١٩٣٥، بصدد هذه القوانين ما يأتى: ووبصدد القوانين الضرورية وسنها، تود اللجنة أن تلفت نظر الحكومة الى ما جاء في منهج الوزارة عن عزمها على سن القوانين التي تفتقر اليها البلاد أشد الافتقار، سواء منها القوانين التي لا أثر لها عندنا الآن، أو القوانين التي اصبحت باليه لقدم تشريعها وتبدل الازمان، وحدوث كثير من التطورات في أحوال مجتمعنا، منها القانون المدني وقانون المدني وقانون التجارة وقانون الأراضي، فبعض هذه القوانين قد مضي على تشريعها نمود والاجتماعية تشريعها نمودية والاجتماعية

والاقتصادية تطورا كبيرا، بحيث أصبحت كثير من تلك الأحكام القانونية لاتنطبق على حاجات الناس ومعاملاتهم ومصالحهم، فلا مناص من أن تسرع الحكومة في سن القوانين الجديدة التي تحل محل القوانين العثيقة منها، على ضوء المبادئ، الحديثة التي أوجدها التطور الاجتماعي، وقضت بها ضرورات الحياة في هذا العصر. وفي انجاز سن هذه القوانين تنفيذ للمنهج الوزاري من جهة، وفيها خدمة للمجتمع العراقي تقضى بها الضرورة الماسة ».

فالعراق في أشد حاجة الى تقنين مدنى شامل جامع، يلم شمل ما انتثر من هذه الأحكام المدنية المتفرقة، ويجارى تطور العصر الحاضر ونهضة العراق الحديثة.

بقى أن نعرف على أى أساس يقوم هذا التقنين؟ يخطر في البال مثل بلدد الشرق، مصر وتركيا. أما مصر، فقد أخنت قوانينها المدنية في النصف الأخير من القرن التاسع عشر عن التقنين الفرنسي المشهور كما رأينا، بعد أن اختصرت هذا التقنين الى حد الاقتضاب، وبعد أن انخلت فيه بعض تعديلات غير جوهرية، ولم تأخذ باحكام الشريعة الاسلامية - فيما عدا الأحوال الشخصية - الا في النزر اليسير. وقد كانت مصر متطوعة في النقل عن التقنين الفرنسي، ولم يلجئها الى ذلك نفوذ سياسي كما هو الأمر في تونس ومراكش ولبنان على النمو الذي رأيناه فيما تقدى أ أن تعدل فيه قدل اختصرت الطريق، وأخذت التقنين السويسرى برمته، ولم تشأ أن تعدل فيه شيئا، وبذلك هجرت الشريعة الاسلامية، ولم بين لهذه الشريعة فيها من أثر.

هذان هما المثلان البارزان امامنا، فهل نستهدى باى منهما؟ لا نعتقد ذلك وقد قدمنا، عند التمهيد للموضوع الهى تناولناه فى هذا المقال، اننا نرى أن يقوم التقنين العراقي الجديد على اسس تكون وثيقة الاتصال بالماضى، وقد أن أن نفصل ما أجملناه

نرى أن يقوم التقنين العراقي الجديد على أسس من حيث الشكل والصياغة، وعلى أسس أخرى من حيث المادة والموضوع.

أولاء الشكل والصياغة

أما من حيث الشكل والصياغة، فالواجب أن نتعقب أحدث تطورات التقنين المدنى، وأن نجارى ما وصل اليه فن التقنين من رقى. فأن التقنينات المدنية قد تقدمت تقدما كبيرا في صياغتها وفي ترتيبها وتنسيقها، وقد رأينا في القسم الأول من هذا المقال أمثلة كثيرة على هذا التقدم، فعلينا أن نقتيس منها ما يأتي:

1. التبويب: اصبح للتقنين المدنى تبويب منطقى، يمكن تعقبه فى التقنينات الحديثة التى اوردناها، وخير تبويب يمكن استخلاصه من هذه التقنينات هو ذلك الذي يمهد بمقدمة تبسط فيها احكام عامة تتعلق بتطبيق القانون بالنسبة للزمان وللمكان، وبتفسير النصوص القانونية ووجوب استمانة القاضى بمبادىء العدالة فى ذلك وبالنظريات العامة التى تنبسط على جميع نواحى القانون كنظرية التعسف فى استعمال الحق ونظرية عدم جواز الاحتيال على القانون ثم ينقسم التقنين بعد ذلك الى اقسام ثلاثة، قسم لقانون الأسرة، وأخر لقانون المعاملات، وثالث لطرق اثبات الوقائع مستقلا، لائها تتناول الحقوق الشخمية والحقوق المينية وتشمل قانون المعاملات وقانون الأسرة.

اما قانون الأسرة فيشتمل على كتب ثلاثة. يقرر الكتاب الأول منها احكام الأشخاص، ويتناول الأشخاص الطبيعية والأشخاص المعنوية، وتتضمن الأشخاص المعنوية الجمعيات والمؤسسات (Fondations) ويقرر الكتاب الثانى احكام الروابط الشخصية للأسرة، فيتناول الزواج والنسب والوصاية. ويقرر الكتاب الثالث احكام الروابط المالية للأسرة، فيتناول الميراث والوصية والوقف.

وقانون المعاملات يتضعن كتبا ثلاثة. يخصص الكتاب الأول للأموال وما يترتب عليها من حقوق عينية أصلية وتبعية، اي أن التأمينات العينية تدخل في هذا الكتاب. ويخصص الكتاب الثاني للنظرية العامة للالتزامات. وبتناول الكتاب الثالث العقود المعينة. وقانون الاثبات والشهر يجعل في كتابين، كتاب يقرر قواعد الاثبات في قانون المعاملات وقانون الأسرة، وآخر يقرر قواعد شهر التصرفات من تسجيل وقيد.

ب صبياغة نظرية عامة للالقرامات. ويتبين من التبويب المتقدم وجوب صبياغة نظرية عامة للالتزمات. وهذه النظرية غير موجودة في مجلة الأحكام العدلية، إذ لم يعن واضعو المجلة بصبياغتها، مع أهميتها الكبيرة وضرورة وجودها في كل تقنين. وقد أحسن صاحب مرشد الحيران كل الاحسان بصبياغته لهذه النظرية، مستخلصا اياها من أحكام الشريعة الاسلامية. فقد استطاع أن يجاري الفقه الحديث في ترتيبه وتنسيقه من حيث الشكل، متخذا مادته من الشريعة الاسلامية نفسها . فأمكنه بذلك أن يثبت عملا صلاحية الشريعة للصباغة التشريعية وللتطبيق العمل.

جـ اساليب الصياغة التشريعية الانك في ان اساليب الصياغة التشريعية الانكارة و التقاه كبيرا في العصور الحاضرة، ومن ينظر الى تقنينات العهود الغابرة و تشريعاتها ، وينظر الى نظائرها اليوم ، بجد البون شاسعا ، بل أن من ينظر الى التقنين الفرنسي في بده القرن الباسع عشر والتقنين السويسري في بدء القرن العشرين ، أو التقنين البولوني الذي صدر منذ سنوات قليلة ، يقتنع أن فن التشريع والتقنين قد قطع مراحل شاسعة من الرقى والتقدم فالتقنين العراقي الجديد بحب أن يستفيد من هذا التقدم ، واستفادته تكون أكبر خطرا بقدر ما للصياغة التشريعية في القوانين المدنية الحالية للعراق من عبوب وعيوبه كثيرة ، سواء نظرنا الى مجلة الأحكام العدلية ، أو نظرنا الى القوانين التركية العتيقة الأخرى .

اما الصياغة التشريعية للمجلة ، فلا ننكر أنه متقدمة بالنسبة لزمنها ، سواء في أصلها التركي ، أو في ترجمتها العربية (١ ولعل للفقه الإسلامي

 ⁽١) وندع شيئا من عدم العقة في الترجمة ، أخبرنا به أحد علماء المجلة ممن يعرفون التركية

الذي أخذت منه الفضل الأكبر في ذلك. ولا نجحد فضل وأضعى المجلة، فان عملهم ينم عن علم غزير بالفقه الاسلامي ، وقدرة واسعة على الصياَّعة التشريعية . ولا يبزهم في ذلك ، على ما نرى ، الا المرحوم قدري باشا ، فان كتبه المعروفة على درجة عالية من حسن الصباغة ودقة الأسلوب. على أن هناك عيوبا في صياغة المجلة، لا نحاول هنا أن نحصيها، بل نذكر بعض الأمثلة عليها. فمن عيوب الصياغة التشريعية في المجلة أن اسلوبها في بعض النصوص لايتفق مع أسلوب تشريعي رصين يقتصر على الأمر والنهى في صيغة أحكام مقررة ، بل يكون أسلوبا تعليميا فقهيا أولى بلغة الفقه منه بلغة التشريم . وتزدحم الأمثلة إذا أردنا أن نورد شيئا منها ، فلنأت بيضعها حسيما يقم عليه نظرنا . خذ مثلا نص المادة ١٦٩ وهو : ا الايجاب والقبول يكونان غالبا بصيغة الماضي، كبعث واشتريت، وأي لفظ من هذين ذكر أولا فهو ايجاب، والثاني قبول، فلو قال البائم بعت منك هذا المتاع بمائة قرش، ثم قال المشترى اشتريت، أو قال المشترى أولا اشتريت، ثم قال البائم بعت، انعقد البيم. ويكون لفظ بعت في الاول ايجابا، واشتريت قبولا، وفي الثانية بالعكس. وينعقد البيع ايضا بكل لفظ ينبىء عن انشاء التمليك والتملك ، كقول البائع اعطيت أو ملكت ، وقول المشترى أخذت أو تملكت أو رضيت أو أمثال ذلك ٥. الا نرى نص هذه المادة أقرب الى أن يكون قول فقيه يقرر قاعدة فقهية، ويورد عليها الأمثلة التي توضعها ، حتى تستقر في الذهن ، من أن يكون قول مشرع يأتى المعنى من أقرب سبيل واخصره، ومهمة المشرع هي أن يضع قواعد عملية ، لا أن بيسط نظريات فقهية . وقد قيل : أن القانون وضع ليأمر ، ولم يوضع ليعلم، وهو في غير حاجة للاقناع ١(١). ولا نبعد عن النص المتقدم كثيرا ، بل ننتقل منه الى نص آخر قريب ، هو نص المادة ١٧٥ ، وهذا هو: وحيث أن المقصد الأصلى من الايجاب والقبول هو تراضى العاقدين، فينعقد البيم بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضى، ويسمى هذا بيع التعاطى. مثال ذلك أن يعطى المشترى للخباز مقدارا من الدراهم فيعطيه الخباز بها مقدارا من الخبز، بدون تلفظ بايجاب وقبول، أو أن يعطى المشترى الثمن للبائع ويأخذ السلعة ويسكت البائع، وكذا إذا جاء

La loi commande; ellen'est pas faite pour instruire; elle n'a pas besoin(\) de convaincre.

رجل الى بائم الحنطة ودفع له خمسة دنانير ، وقال بكم تبيم الحنطة ، فقال له البائم أعطيك أياها غداً ، ينعقد البيع أيضاً ، وإنَّ لم يجر بينهما الأيجاب والقبول، وفي هذه الصورة أو ترقى سعر مد الحنطة في الغد الى دينار ونصف، يجير البائم على أعطاء الحنطة بسعر المد بدينار، وكذا بالعكس، لو رخصت الحنطة وتدنى سعرها ، فالمشترى مجبر على قبولها بالثمن الأول. وكذا لو قال المشترى للقصاب زن لي بخمسة غروش لحما من هذا الجانب من هذه الشاة، فقطع القصاب اللحم ووزنه واعطاه اياه، انعقد البيع ، وليس للمشترى الامتناع عن قبوله واخذه ، ألا ترى ، إذا وقفت أمام هذا النص، أنك تسمع أستآذاً في القانون يتبسط في درسه، وهو بلقيه على طلبة لا يزالون في المرحلة الأولى من الدراسة القانونية، فيورد الأمثلة تلو الأمثلة، في عبارة طويلة يكرر فيها المعانى ويسرف في الألفاظ، حتى يستوثق من أن الطلبة قد استوعبوا درسه، وفهموا مدى القاعدة التي يشرحها ، لا أنك أمام نص تشريعي ، يورد فيه المشرع حكما قانونيا في عبارة رصينة، لاتزيد الفاظها على معانيها، ولكل لفظ غرض، فيختل المعنى إذا حذف ولا ينهض عذراً على ركاكه هذا الأسلوب التشريعي أن المجلة وضعت وضعت لحكام الا اطلاع لهم على مسائل علم الفقه ؛ كما يقول التقرير المقدم للمرحوم عالى باشا الصدر الأعظم ، فأكثر واضعوها من ايراد الأمثلة والاسهاب فيها، فقد كان يغنى عن ذلك ان توضع مذكرة ايضاحية (اسباب موجية) الى جانب نصوص مختصرة رصينة - ومن عيوب الصياغة التشريعية في المجلة أيضا الإكثار من التعاريف الفقهية ، وهي منتثرة في كل نواجي المجلة . ومن عيوبها كذلك السذاجة في الأسلوب، وعدم تمشى المنطق السليم في ترتيب إبوابها.

على أن هذه العيوب وغيرها مجتمعة لاتعد شيئا الى جانب عيوب القوانين التى الفرنا القوانين التى الفرنا القوانين التى الفرنا اليما أعيا أن تقرأ أن المسالمة التى المسلمة المنابعة التى الفتطت عليها وقدر الركاكة في الأسلوب التى المسلمة أليه وقدر عدم المقة في التعيير وفي المصطلحات القانونية. ولا تنصل الله أن أخر قكل التصوص سواسية في هذا الميدان.

فَإِذَا وَضَعَنَا لَى جَانِبِ هَذَهِ الرَكَاكَةُ وَالْفَسَعُفِ فِي الْصَيَاعَةِ التَّشْرِيعِيَّةُ ما وصلت قيه الأساليب المنيئة في التشريع من الرقي والنقة، كما نرى فى التقنين السويسرى والتقنين البولونى مثلا ، ادركنا أن التقنين العراقى الجديد يستفيد فائدة جليلة فى الصياغة التشريعية ، إذا سار فى طريق هذه التقنينات ، وجاراها فى حسن صياغتها ودقة تعبيرها .

ثانياء المادة والموضوع

على أننا لانريد بتقليد التقنينات الحديثة أن نذهب في ذلك الى مدى ابعد مما ينبغى وإذا كنا نقول بالاستفادة دون تحفظ من التقنينات الغربية فمن ناحية الشكل والصبياغة ، ففى المادة والموضوع نتحفظ كثيرا في هذا القول . وقد قدمنا أن الشريعة الاسلامية يجب أن تكون أساسا للتقنين المدنى العراقي الجديد .

ولما صدر قرار وزارة العدلية بتشكيل لجنة من رجال القانن لوضع (لائحة) للتقنين المدنى الجديد، كان من حسن التوفيق أن وافقت هذه اللجنة على قرار باتخاذ الشريعة الاسلامية اساسا لهذا التقنين(١).

⁽¹⁾ نسجل هذا المبادئ، التي قررت لجنة التقنين العدني العراقي اتباعها في وضع هذا التقنين ، ونضع إلى جانبها الكتاب الذي رفعه وزير المقانية في مصر إلى رئيس الحكومة المصرية بشأن تأليف لجنتين لتعديل القوانين المصرية والوثيقتان تستعقان التسعيل .

اما المبادىء التي اقرتها لجنة التقنين المدنى العراقي فهي .

⁽اولاً) تكون مجلة الاحكام العدلية اساسا للقانون المدنى الجديد ، ولا يجوز العدول عنها إلى غيرها من القوانين العدنية لسبيين (١) ان خير قانون يوضع لبلد هو القانون الذي يألفه هذا البلد ، ويتفق مع مزاجه وينشأ في تربته ، ويستقر عليه التعامل . وقد ترعرع الفقه الاسلامي في العراق ، واستقر فيه دهورا طويلة . (٢) لا يقل الفقه الاسلامي ، من حيث رقى المباديء . وسعو المنطق القانوني ، عن اعظم النظم القانونية . وما القانونية تقدما . وهو قابل للتحوير بحيث يتمشي مع أحدث النظريات القانونية . وما دام لنا هذا التراث العظيم ، فمن السفه أن نبدده ، ثم تلتمس ما في ايدي الغير .

⁽ثانيا) أن في مجلة الاحكام العدلية أبوابا نسخت أهكامها بقوانين جديدة ، فيجب حذف المنسوخ وأضافة الناسخ .

⁽ثالثا) متاكلمكام قانونية منتثرة، تدخل في دائرة القانون المدني، كقانون الأراضي، وقانون انتقال الاموال غير المنقولة، فهذه يجب جمعها وضمها إلى المجلة،

(دابعاً) متى حصلت لنا صورة صحيحة من القانون المعمولي به فعلا ننظر في امرين: (١) ترتيب هذا القانون ترتيبا علميا، كان يجعل كتاب للاموال بأنواعها المختلفة والمطوق العينية، وكتاب ثان لنظرية الالتزامات والعقود المعينة، وكتاب ثالث للتأمينات، وكتاب رابع لطرق الاثبات وشهر التصرفات (٢) تعديل ما اظهرت الحاجة والتجارب وجوب تعديله من هذه الإحكام المدنية المجمعة العرتية، ويكون ذلك بالرجوع إلى المصادر الاثبية: (١) الأراء الأخرى في الدهب الحنفي، وكذلك سائر الداها المقافية الإسلامية من غير تقيد بمذهب خاص، أو برأى في مذهب. (ب) المناهاء الله المناهاء المناء المناهاء المناء المناهاء المن

وهذا هو نصر الكتاب الذي رفعه وزير الطانية في مصر إلى رئيس العكومة المصرية التشرف بأن إبدي الدولتكم أن القوانين المدنية والتجارية وقوانين المرافعات المدنية والاجراءات الجنائية التي وضعت للمحاكم المختلطة والأهلية منذ تنظيمها ، اي منذ سنة ١٨٧٣ وسنة ١٨٨٨، قد افسحت ، بالرغم مما ادخل عليها من التعديلات المختلفة ، بحاجة شديدة إلى اعادة النظر كاملة ، فإن العلوم القانونية والاصول التشريعية قد غطت منذ أوائل هذا القرن غطرات واسعة في سبيل الضبط والاحكام وحسن معالجة الصور التي تطورت إليها العياة الاجتماعية والاقتصادية ، ويجب على معسر ، مع ما أغذت به من أسباب التقدم والرقي ، الا تتخلف عن الهلاد الاخرى في

هذه المضمار . ومن جانب أخر فإن تجارب الحياة منذ وضع تلك القوانين لمصر قد كشف فيها عن عيوب رعن وجود اصلاح تدارك الشارع بعضها ، ويجب أن يتدارك البعض الآخر ، من مراعاة التناسق بين ما الهادة علك التجارب وبين الاسس الجديدة التي يجب أن تبني عليها تلك القوانين عند إعادة النظر فيها

واخيرا فإنه لم يعد محل لازدواج التشريع في مصر بين أهلي ومختلط، ويجب أن يوحد التشريع، حتى إذا لصبح القضاء وأحداء لم يكن ثنت أية صعوبة في الانتقال من الحال القديم إلى الحال الجديد.

ولما كان حضرات المستشارين الملكيين الذين ادوا خدمات جليلة للتشريع مرهقين بالاعمال، إذ انهم فضلا عن اشتراكهم فى اللجنة التشريعية فإن لديهم من المهام الاخرى ما يشفل وقتهم ويستنفذ مجهودهم.

لذلك نرى أن يكلف سته من كبار المشتطين بالقانون ممن خدموا القضاء أو تدريس القانون أو كان لهم عمل في شؤون التشريع، بالقيام بتعيل القانونين المدنى والتجارى وقانون العراقعات المدنية والتجارية في مدى علمين على الأكثر ... وأن تكلف لجنة أخرى من ثلاثة للقيام بمثل ذلك العمل بالنسبة لقانون العقوبات وتحقيق العنابات. ولما كان هذا القرار خطيرا، وهو يؤذن بعهد جديد للفقه الاسلامى، يجارئ فيه الزمن، ويساير التطور، كان من الواجب أن نقف عنده حتى نتمعن في مراميه.

فأول أثر لهذا القرار أنه يرد لهذه الشريعة السمحاء مكانتها بعد أن كادت تضيع . فقد راينا أن البلاد الشرقية التي راجعت تقنيناتها المدنية عدلت عن الشريعة الاسلامية الى القوانين الغربية ، وبقيت القاعدة مضطردة من النصف الثاني للقرن التاسع عشر الى الوقت الحاضر . فمصر تلتها تونس ومراكش وتركيا ولبنان ، وكل هذه بلاد شرقية كانت تطبق الشريعة الاسلامية ، ثم أعادت النظر في تقنيناتها ، فقلبتها رأسا على عقب ، إما باختيارها أو تحت تأثير نفوذ سياسي ، وهجرت الشريعة الاسلامية الى القوانين الغربية ، أما العراق فهو أول بلد عربي اعتز بتراث اجداده ، وحرص عليه من الضياع ، ولم يشأ وهو يراجع قوانينه المدنية أن يغرط في هذا النخر العظيم . ولاشك في أن موقف العراق من الشريعة الاسلامية لا تزال الإهطار العربية ، فالعراق يرفع صوته عاليا بأن الشريعة الاسلامية لا تزال نظاما قانونيا حيا صالحا للتطبيق ، وإنه لا يعدل عن هذا النظام إلى نقتفي أثر العراق ، وقد رسم الطريق لكل هؤلاء وأذنهم بعهد جديد

بقى ان نعرف هل تصبح دعوى العراق وتنهض حجته؟ هل يجوز حقا ان يقال ان الشريعة الاسلامية لا تزال شريعة حية صالحة للتطبيق؟ وإذا جاز ذلك ، فعلى اى وجه يأخذ العراق تقنينه الجديد من الشريعة الاسلامية؟ هذان هما السؤالان اللذان نختتم بالاجابة عليهما هذا العقال.

أولاء الشريعة الاسلامية لا تزال شريعة حية صالحة للتطبيق

اما ان الشريعة الاسلامية لا تزال شريعة صالحة للتطبيق، فلا أتردد في تأكيد زلك. ولا اقول هذا القول جزافا، وانما اقدر تبعة ما اقول

ولا اريد الاقتصار على شهادة الفقهاء المنصفين من علماء الغرب، كالفقيه الألماني كوهلر (Kohler) والاستاذ الايطالي دالفيشيو (Del vecchio) والعميد الامريكي ويجمور (Wigmorc)، وكثيرين غيرهم، يشهدون بما انطوت عليه الشريعة الاسلامية من مرونة وقابلية للتطور، ويضعونها الى جانب القانون الروماني والقانون الانجليزي، احدى الشرائع الاساسية الثلاث التي سادت ولا تزال تسود العالم، وقد اشار الاستاذ لامبير (Lambert) الفقيه الفرنسي المعروف في المؤتمر الدولي للقانون المقارن، الذي انعقد في مدينة لاهاي في سنة ١٩٣٢ الى هذا التقدير الكبير للشريعة الاسلامية، الذي بدأ يسود بين فقهاء اوروبا وامريكا في العصر الحاضر (*)

ولكنى ارجع للشريعة نفسها ، لا ثبت صحة ما قررته . ففي هذه الشريعة عناصر لو تولتها يد الصياغة ، فاحسنت صياغتها ، لصنعت منها نظريات ومبادىء لا تقل في الرقى وفي الشمول وفي مسايرة التطور عن نظريات ومبادىء لا تقل في الرقى وفي الشمول وفي مسايرة التطور عن اخطر النظريات الفقهية التي نتلقاها اليوم عن الفقه الغربي الحديث . و آتى على فقه الغرب أن من احدث نظرياته في القرن العشرين نظرية التعسف في استعمال الحق ، و نظرية الظروف الطارئة ، و نظرية تحمل التبعة ، ومسئولية عديم التمييز . ولكل نظرية من هذه النظريات الأربع اساس في الشريعة الاسلامية لا يحتاج الا للصياغة والبناء ، ليقوم على اركان قوية ، ويساحت نظرية الفقولة الحديث .

اما نظرية التعسف في استعمال الحق (Théorie de l'abus des droits) فهي الشريعة الاسلامية اكثر تقدما منها في كثير من القوانين الغربية و لا تقتصر هذه النظرية في الشريعة الاسلامية على المعيار الشخصى الذي اقتصرت عليه اكثر القوانين، بل تضم إليه معيارا ماديا، وتقيد كل حق بالغرض الاجتماعي والاقتصادي الذي قرر من اجله. ومن اهم تطبيقا النظرية في الشريعة الاسلامية حقوق الجوار، ونوردها هنا كما لخصها ماحب مرشد الحيران (م ٥٧) للمالك أن يتصرف كيف شاء في خالص ملكه الذي ليس للغير حق فيه، فيعلى حائطه، وببني ما يريده، ما لم يكن تصرفه مضرا بالجار ضررا فاحشا (م ٥٩). الضرر الفاحش تصرفه مضرا بالجار ضررا فاحشا (م ٥٩). الضرر الفاحش

 ⁽a) أنظر مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية العدد الخامس القسم الافرنجى
 ص ٢٠٠١. ص ٣٠٠.

ما يكرن سبيا لوهن البناء أو هدمه ، أو يعنع الحوانج الاصلية أي المنافع المقصودة من البناء و واما ما يعنع العنافع لليست من الاصلية فليس بضرر فاحش . (م ٢٠) يزال الضرر الفاحش ، سواء كان قديما أو حادثاً . (م ٢٠) سد الضياء بالكلية على الجار يعد ضررا فاحشا ، فلا يسوغ لاحد لحداث بنا يسد به شباك بيت جاره سدا يعنع الضوء عنه . وأن فعل ذلك فلا فلتجار أن يكلفه رفع البناء يفعا للضرر . (م ٢٢) رؤية المحل الذي هو شباكا للنظر مطلا على محل نساء جاره . وأن احدث ذلك يؤمر برفع شباكا للنظر مطلا على محل نساء جاره . وأن احدث ذلك يؤمر برفع فوق قامة الانسان ، فليس للجار طلب سده . (م ٣٣) أن كان لأحد دار يتصرف فيها تصرفا مشروعا مأحدث غيره بجواره بناء مجددا ، فليس للمحدث أن يتضرر من شبابيك الدار القديمة ، ولو كانت مطلة على مقر نسائه ، يهل هو الذي يلزمه دفع الضرر من المبادئ في حقوق الجوار .

ونظرية الظروف الطارئة (Théoné de l'imprévision) نظرية حديثة ، أحد بها القضاء في قرنسا، وخفف بها من جمود نظرية القوة القاهرة، فعنده ان الالتزام إذا أسبح مرهقا للمدين، بسبب ظروف طارئة لم يحسب لها حسابا وقت التقاعد، فإن هذا يسوغ له أن يطلب التخفف من التزامه. فالتزام المدين لم ينقص باستحالة التنفيذ لان التنفيذ لا مزال ممكنا ، وإنما خفف لأنه أصبح مرهقا عسيرا . وفي الشريعة الاسلامية نظرية الضرورة ، وهي نظرية فسيحة المدي، خصبة النتائج، تتسم لنظرية الظروف الطارئة. ومن أهم تطبيقاتها مبدأ العذر لفسخ الايجار. ويتلخص هذا المبدأ في أن عقد الايجار ينفسخ للعذر الطاريء، واليك بعض ما نكره رجال الفقه الاسلامي في هذا الصندد: «عقد الايجار ينفسخ للعذر الطاريء، وذلك لان الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العدر، لانه لو لزم العقد عند تحقق العذر ، للزم صاحب العذر ضرر لم بلتزمه بالعقد ، فكان الفسخ في الحقيقة إمتناعا من التزام الضرر؛ (البدائع ٤ ص ١٩٧). والعذر إما ان يرجع للعين المؤجرة، كمن استأجر حماما في قرية مدة معلومة، فنفر الناس ووقع الجلاء، فلا يجب الاجر (الفتاوي الهندية ٤ ص ٤٦٢). واما أن يرجع للمؤجر ، كأن يلحقه دين فادح لا يجد قضاءه الا (م. ۲۱ مقالات د . السنهوري جا)

من ثمن العين المؤجرة، فيجعل الدين عذرا في فسخ الاجارة، وكذلك لو اشترى شيئا فأجره، ثم اطلع على عيب به، له ان يفسخ الاجارة ويرده بالعيب (البدائع ٤ ص ١٩٨٠ ـ ص ١٩٩١ ـ الفتارى الهندية ٤ ص ١٩٥ على و ١٩٥٠ . وما ان يرجع العذر للمستأجر، نحو ان يفلس فيقوم من السوق، او يريد سفرا، او ينتقل من الحرفة إلى الزراعة، او من الزراعة إلى التجارة، او ينتقل من حرفة إلى حرفة (البدائع ٤ ص ١٩٩٧)، وكما إذا كانت الاجارة لفرض ولم يبق ذلك الفرض، او كان عذر يمنعه من الجرى على موجب العقد شرعا، تنتقض الاجارة من غير نقض، كما لو استأجر انسانا لقطع يده عند وقوع الاكلة او لقلع السن عند الرجع، فبرات الاكنة وتزال الوجع، تنتقض الاجارة الفتاوى الهندية ٤ ص ١٩٥٥، ابن عابدين ٥ ص ٢٧)، وقد وضع للعذر عيار مرن، فقال ابن عابدين (٥ ص ٢٧): و الحاصل ان كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه الا بضرر يلحقه في نفسه او ماله يثبت له حق الفسغ ١٠٠

ونظرية تحمل التبعة (Théorie des risques) تتلخص في ان المعيار المادي قد تمشى في المسؤولية التقصيرية إلى حد أن قبل بحذف ركن الخطأ ، وجعل الغرم بالغنم . فمن تسبب بنشاطه الاقتصادي الذي يستغيد منه في احداث ضرر ، وجب ان يتحمل غرم هذا النشاط، كما استفاد من غنمه، حتى لو نشأ الضرر عن حادثة فجائية لا يد له فيها. وللنظرية مستند في الشريعة الاسلامية ، فمن مبانئها الغرم بالغنم ، ومن أحكامها ان الاتلاف المباشر لا يشترط فيه التعمد أو التعدى ، فإذا زلق أحد وسقط ، فاتلف مال آخر ضمنه ، ولو كان قد زلق رغما عنه ، لان الاتلاف هنا حدث مباشرة، والمباشر ضامن وان لم يتعمد (مجمع الضمانات ص ١٤٦). ولو أن دابة يركبها أنسان داست شيئًا بيدها واتلفته ، يعد الراكب أنه أتلف ذلك الشيء مباشرة فيضمن في كل حال (اي دون تعمد أو تعد، وبعبارة آخرى دون خطأ). ومثل الراكب القائد والسائق (شرح المجلة لسليم باز ص ٥٠٨ وما بعدها). فلو وضعنا إلى جانب النواب السيارات والمركبات البغارية والكهربائية والطبارات ونحوهاء وهذا ما استحدثته المدنية الحاضرة ، خلصنا من الشريعة الاسلامية بحكم يقرر مبدأ تحمل التبعة في موادث النقل. ومسوولية عديم التمييز (Responsabilité meapables de personnes de (discernement تطورت تطورا خطيرا من القوانين اللاتينية الى القوانين الجرمانية فالقوانين اللاتينية تتطلب في المسوولية التقصيرية الخطآ وترتب على ذلك أن الصبى غير المميز والمجنون لا يكونان مسوولين لأن الخطأ لا يتصور صدوره منهما ولكن القوانين الجرمانية عدلت هذا المعيار النفسي ، واوجبت مسووَّلية عديم التمييز الي قدر محدود وحجتها في ذلك أن الروابط المدنية غير الروابط الجنائية، وأذا كان مفهوم الابعاقب شخص الا إذا توافرت عنده الارادة، لأن هذه الارادة هي التي تبرر المسوؤلية الجنائية ، فليس بمفهوم أن شخصا يتسبب في الحاق صرر بمال شخص أخر، ولا يعوض هذا الضررر، بدعوى ان الارادة تنقصه، اذ الروابط المدنية انما توجد بين مال ومال، لا بين شخص وشخص، فالمنطق يقضى بوجوب التعويض متى وجد الضرر ، وأن تبنى المسوؤلية المدنية على فكرة السببية لا على فكرة الخطأ . وقد نصت المادة ٨٢٩ من التقنين الالماني على أن عديم التمييز بلزم بتعويض الضرر الذي أحدثه للفير ، إذا لم يمكن الجصول على هذا التعويض من شخص مسوول عنه ، وبشرط الا يتسبب عن دفعه التعويض حرمانه من الموارد الضرورية لعيشه . وتنص المادة ٥٤ من تقنين الالتزامات السويسري على أنه يجور للقاضى، اذا اقتضت العدالة، أن يلزم شخصا عديم التمييز بتعويض الضرر الذي احدثه كله أو بعضه. وتقضى المادة ٧٦ من المشروع الفرنسي الايطالي بأنه يجوز للقاضي أن يحكم بتعويض عادل على شخص عديم التمييز عن الضرر الذي يصيب به الغير . وتنص المادة ٤٠٦ من التقنين السوفييتي على أنه يجوز الحكم بتعويض على عديم التمييز ، بعد الموازنة بين يساره ويسار المصاب وتقضى المادة ٢٩ من التقنين البولوني بجواز الحكم بتعويض على عديم التمييز طبقا للظروف. هذه هي نصوص التقنينات الغربية . اما نصوص الشريعة الاسلامية فهي ابعد مدى ، واشد تو غلا في الأخذ بمسووَّلية عديم التمييز . و في تقرر أن الصبي اذا أتلف مال غيره بلزمه الضمان من ماله ولو كان غير مميز ، لأنه وان كان محجورا في الاصل حتى لا تعتبر تصرفاته القولية، إلا أنه لا يعفي إ من ضمان الضرر الذي نشأ عن فعله ، وأن لم يكن له مال ينظر إلى حين الميسرة (مجمع الضمانات ص ١٤٦)، حتى أن طفلا يوم ولد، لو انقلب على مال انسان فأتلفه، يلزمه الضمان، وكذلك المجنون الذي لا يفيق اذا مزق ثوب انسان يلزمه الضمان (شرح المجلة لسليم باز ص ٣٤٥ نقلا عن الهندية).

أبعد ذلك نشك في أن الشريعة الإسلامية ، حتى في حالتها الراهنة ، لا تشتمل على العناصر التي تؤهلها للحياة والتطور فما بالنا لو فتحنا باب الاجتهاد من جديد واستفدنا من أكثر المصادر مرونة في الشريعة الاسلامية وهو مصدر الاجماع(1) ، فسرنا بالشريعة الاسلامية كما سار يها اجدادنا أشواطا بعيدة ، واعدنا لها جدتها ، وابرزناها في ثوب شفدت "

ثانيا على اى وجه ياخذ العراق تقنينه الجديد من الشريعة الاسلامية

وهذا هو السؤال الثانى والأخير . وقد قدمنا ان التقنين العراقى الجديد يجب ان يقوم على اساس الشريعة الاسلامية ، ولكن على ان تكون هناك اسباب اتصال ما بين الشريعة الاسلامية واحدث القوانين . والخطة المتلى في نظرنا هي ان يعمد واضع التقنين الجديد الى التقنينات الغربية ، فيختار احدثها واكثرها اتقانا ، ويصوغ من كل ذلك نمونجا لخير تشريع يراه ، دون نظر إلى بلد معين أو إلى تقاليد معينة ثم يقرب هذا النمودج من احكام الشريعة الاسلامية في مذاهبها المختلفة ، وفي مختلف الأقوال من كل مذهب . وهو لا بد مستطيع ان يخرج اكتر احكام بمونجه على قول أو أخر مي مذهب من مذاهب الفقه الاسلامي . وبذلك يظفر لأكثر الأحكام التى اختاره الما بقية الأحكام التى تعدم مستندا صريحا في نصوص الشريعة الاسلامية . وهي ولا شك قليلة ، فاذا فم تتفق مع حالة العراق وظروفها الاسلامية . وهي ولا شك قليلة ، فاذا فم تتفق مع حالة العراق وظروفها وتقاليدها القضائية ، عدل عنها إلى احكام اخرى مناسبة للبيئة ، والا فعله ان يتاول لها وينظر في تخريجها ، حتى توافق قولا في مذهب .

⁽⁻⁾ انظر في الاجماع كصيدر للشريعة الاسلامية . واهميته الكبيرة باعتباره مقتاحا لنطور هده الشريعة ، ومراعلة المتفاهة من اتماؤ لا شمورى في اتفاق شمورى في اتفاق حديد . وموار أن يكون أساسا للتشريع في الدولة الاسلامية ، في كتاب أما وضعاء باللغة الفرنسية عنوانه (الحلامة وتطورها تتصدع عصبة أمم شرقية . باريس سم 1473 ص ١٦٦)

و لا يعترض على هذا الراي بان الأخذ به لا بختلف كثيرا عن الأخذ باحكام التقنينات الغربية، فما دمنا سننتهى إلى الأخذ بالنموذج الذي اخترناه من احدث التقنينات الغربية، فلنأخذ به من الآن، ولا حاجة للرجوع إلى أحكام الشريعة الاسلامية. مثل هذا الاعتراض لا يقوم ، فهناك مرق حوهري بين أن نجعل مصدر الأحكام الصالحة التقنينات الغربية، قطعنا كل صلة بالقديم، وبدانا حياة قانونية حديدة، نكون فيها عالة على فقه الغرب وجهوده، نأخذ منه ولا نعطيه. اما في الحالة الثانية فنكون قد احتفظنا بصلة الماضي، وجعلنا من هذه الصلة أساس يقوم عليه المستقبل، واحتفظنا باستقلالنا القانوني، فلا نكون عالة على فقه الغرب، وفي الوقت ذاته نكون قد استفدنا من هذا الفقه إلى أبعد مدى ، إذ تصبح الأحكام التى اخترناها وخرجناها على احكام الشريعة الاسلامية متفقة مع احدث الأحكام القانونية الغربية وارقاها وإذا كنا تركنا الغير بأخذ بيدنا في حلبة السباق إلى حيث يوجد السابقون، فانا بعد أن ندركهم يجب ان نجري على قدمينا، ونكون معهم جنبا إلى جنب في هذا الميدانُ. فنجعل الشريعة الإسلامية عمدتنا في تفسير النصوص، ما دمنا قد جعلنا هذه الشريعة هي مصدر الأحكام التي اخترناها، وبذلك نقيم للشريعة الاسلامية ركنا جديدا من تطبيق القضاء واجتهاد الفقهاء، فتعود شريعة متطورة، تقوم بقسطها من العمل في تدعيم اركان القانون المقارن في عالم الفقه القانوني(١)

⁽١) وهذا هو المعمى الدى قصدما إليه، عندما كتبدا في الكلمة الاهتئامية من كتابها في الالترامات ما يأتى هده هي الشريعة الإسلامية، في وطلت لكنافها، ويعبدت سليها، لكان لنا من هذا اقرات الجليل ما ينعث روح الاستقلال مى فقهنا وفي قضائنا وفي تشريعما، ثم الاشرعما مطالع العالم بهذا الغور العديد، فعضره به حائنا من جوانب القلافة العالمية في القادون

التعاون الثقافي والتشريعي

ما بين البلاد العربية(١)

لحضرة صاحب المعالى الدكتور عبد الرازق احمد السنهوري باشا

وزير الدولة رئيس اللجنة الثقافية بجامعة الدول العربية

يسرنى أن ألبى دعوة ألجمعية المصرية للقانون الدولى، فأعد كلمة عن التعاون الثقافي والتشريعي ما بين ألبلاد العربية، فأبدأ بما كان عليه أمر هذا التعاون قبل أنشاء الجامعة العربية، ثم بما ورد في ميثان الجامعة من نصوص في ذلك، ثم استعرض وجوه التعاون التي اشتملت عليها المعاهدة الثقافية، وأختتم كلمتي ببيان ما اتخذته اللجنة الثقافية بجامعة الدول العربية من قرارات للمضي بالتعاون إلى غاياته المنشودة.

١ ـ التعاون الثقافي قبل انشاء الجامعة العربية

من الحق أن تقرر أن التعاون الثقافي ما بين البلاد العربية كان موجوداً قبل وجود الجامعة . وإذا كانت الجامعة قد تولت توجيهه وزادت في نشاطه ، فإنها لم تخلقه من العدم . ذلك أن النهضة الفكرية في العالم العربي وهي الأصل في التعاون الثقافي قد قامت قبل قيام الجامعة بوقت طويل . ففي خلال القرن التاسع عشر بدا العالم الاسلامي بوجه عام ، والعالم العربي بوجه خاص ، يستيقظ من نوم عميق وتجلى ذلك بوضوح في نهضة فكرية شملت الأقطار العربية . واتصلت هذه النهضة بالحركة

 ⁽١) القيت هذه المحاضرة في المؤتمر الثاني للجمعية المصرية للقانون الدولي بتاريخ ٧٤ مايو سنة ١٩٤٦.

الفكرية في الغرب فقويت واشتدت. وبدا اثرها بوجه خاص في جهود متواصلة بنلها رجال العلم من العرب والمستشرقين في إحياء التراث الاسلامي القديم، وفي نهضة مباركة في اللغة العربية نفسها تناولت الألفاظ والأساليب والقواعد والأدب والكتابة.

وقد بدات النهضة في اول أمرها تتخذ طابعاً اسلامياً. وقاد حركة الجامعة الاسلامية جمال الدين الأفغاني، ثم ما لبثت هذه الحركة الاسلامية أن اتجهت اتجاهاً عربياً، فتحررت شيئاً فشيئاً من الفكرة الدينية، لتتمخض فكرة عربية خالصة، وظهر ذلك بوضوح عقب الحرب العالمية الأولى التي قضت على الامبراطورية العثمانية والخلافة الاسلامية.

وقد كان في تحول النهضة من الاتجاه الاسلامي الى الاتجاه العربي ما جعلها شيئاً قابلاً للتنفيذ. فان الفكرة الاسلامية، على متانتها وصلابتها، فكرة واسعة، تنظم امماً وشعوباً تختلف في الجنس واللغة والعادات والتقاليد، وتخضع لظروف تكون اوسع متباينة. اما الفكرة العربية فهي اضيق نطاقاً واشد تركزاً، ومن ثم تكون اوسع نشاطاً وأكبر انتاجاً. وإذا كانت الفكرة الاسلامية تقوم على وحدة الدين، فان الفكرة العربية تقوم على وحدة اللغة والجنس والتاريخ والعادات دون أن يفقد الدين قيمته كمامل اجتماعي خطير.

ويجدر بنا أن نذكر هنا أن مصر بقيت بعيدة عن الفكرة العربية في دورها الأول عندما كانت هذه الفكرة تستغل كمعول لهدم الامبراطورية العثمانية في أواخر القرن التاسع عشر. ويرجع السبب في ذلك الى أن سياسة مصر الوطنية كانت في ذلك الحين قائمة على التعلق بأهداب الخلافة كوسيلة للتخلص من الاحتلال البريطاني. أما البلاد العربية الأخرى التي كانت العربية الأخرى التي كانت العربية الأخرى التي الحكم عن طريق الاستمساك بالفكرة العربية. فلما أنتهت الحرب العالمية الأولى بتحرير البلاد العربية تحريراً جزئياً أعتبر ذلك فوزاً للفكرة العربية. أما مصر فقد اندلمت نار الثورة فيها لا على أساس الفكرة الأسلامية ولا على أساس الفكرة العربية ، بل على أساس الفكرة العربية . فابتعدت عن الفكرة العربية ، ولم تقترب من الفكرة العربية إلا قليلا

وبالقدر الذي لا يتعارض مع فكرة القومية المصرية. وبقيت كذلك وقتاً طويلاً الى أن سوت مشاكلها مع بريطانيا تسوية جزئية بمعاهدة سنة ١٩٣٦. عند ذلك بدأت تلتفت للفكرة العربية وتوليها عناية كبيرة. وكان لذلك مظران، المظهر الأول عنايتها بقضية فلسطين حيث تولت زعامة الحركة التي انتهت الى الكتاب الابيض في سنة ١٩٣٩. والمظهر الثاني فتمها الباب واسعاً للتعاون الثقافي مع سائر البلاد العربية، حيث بدأت توفد الأساتذة والمدرسين الى العراق وسورية ولبنان وفلسطين والحجاز والكويت وعدن ومراكش عن طريق الانتداب والاعارة. وسارت في ذلك شوطاً بعيداً. ولم يخفف من نشاطها فيه ما تحملته من تكاليف مالية. وبدأت البلاد العربية من طريق آخر توفد بعثات من الطلبة يتعلمون في جامعات مصر ومعاهدها المختلفة، وكان العهد بهذه البلاد قبل ذلك في جامعات مصر ومعاهدها المختلفة، وكان العهد بهذه البلاد قبل ذلك أن تقتصر في بعوثها على الجامعة الأزهرية.

٢- التعاون الثقافي في نصوص ميثاق جامعة الدول العربية:

لذلك كان الهو مهيئاً في مصر للتعاون الثقافي عندما نبتت فكرة الجامعة العربية. ولق قامت هذه الجامعة ، كفيرها من الجامعات الكبرى في التاريخ ، على عوامل داخلية طبيعية وعوامل خارجية مصطنعة . على الشمان الحقيقي لتكوين الوحدة العربية هو في العوامل الطبيعية لا في العوامل المطبيعية لا في العوامل المصطنعة . وارتكاز الجامعة على الشعور العام في الشعوب اشد واقوى من ارتكازها على الدوافع السياسية المؤقتة التي تقود الحكومات . من أجل ذلك كان التعاون الثقافي الشعبي ، أقوى وأصلب من التعاون السياسي الذي تقوم به الحكومات . ومتى جنت البلاد العربية ثمار تعاونها في الميادين الثقافية والاقتصادية ، واستكملت ما ينبغي ان تستكمله في هذه النواحي ، كان هذا دعامة قوية يرتكز عليها في المستقبل المجهود السياسي المنتج .

وقد أن أن نلقى نظرة على ميثاق الجامعة العربية لنستعرض النصوص الخاصة بالتعاون الثقافي . جاء في المادة الثانية من الميثاق ما يأتى: الفرض من الجامعة توثيق الصلات بين الدول المشتركة فيها، وتنسيق خططها السياسية، تعقيقاً للتماون بينها، وصيانة لاستقلالها وسيادتها، والنظر بصغة عامة في شؤون البلاد العربية ومصالحها، كذلك من أغراضها تعاون الدول المشتركة فيها تعاوناً وثيقاً، بحسب نظم كل دولة منها وأحوالها، في الشرة ون الآتية:

- (1) الشرون الاقتصادية والمائية ويدخل فى ذلك التبادل التجارى والجمارك والهملة وأمور الزراعة والسمناعة.
- (ب) شؤون المواصلات ويدخل فى ذلك السكك الحديدية والطرق والطيران والملاحة والبرق والبريد.
 - (ج) شؤون الثقافة.
- (د) شؤون الجنسية والجوازات والتأشيرات وتنفيذ الأحكام وتسليم
 المجرمين
 - (هـ) الشؤون الاجتماعية.
 - (و) الشؤون الصحية ٤.

وجاء في المادة الرابعة من الميثاق ما يأتي . «ترلف لكل من الشرون المبينة في المادة الثانية لجنة خاصة تمثل فيها الدول المستركة في الجامعة . وتتولى هذه اللجان وضع قواعد التعاون ومداه وصياغتها في شكل مشروعات اتفاقات تعرض على المجلس للنظر فيها تمهيدا لعرضها على الدول المذكورة . ويجوز أن يشترك في اللجان المتقدم ذكرها اعضاء يمثلون البلاد العربية الأخرى . ويحدد المجلس الأحوال التي يجوز فيها اشتراك اولئك المعلئين وقواعد التمثيل «.

ويتبين من هذه النصوص أنه إذا كان مجلس الجامعة هو الهيئة العامة التي تقوم على تحقيق أغراض الجامعة في جميع الشرون السياسية والاقتصادية والثقافية والاجتماعية والصحية ، ألا أن هذا المجلس بحكم تكوينه يتخصص شيئاً فشيئاً للشرون السياسية . أما الشرون الأخرى فقد نص الميثاق كما راينا على أن تؤلف لها لجان تضع قواعد التعاون ومداه ، وتصوغها في شكل مشروعات اتفاقات تعرض على مجلس الجامعة للنظر فيها تمهيداً لعرضها على الدول العربية . وفي المدة القصيرة وهي مدة لاتجاوز بضعة أشهر التي عملت فيها اللجنة الثقافية، تبين بوضوح أن تطور اللجان يسير في الاتجاهات الآتية:

أولا: أصبحت هذه اللجان لجاناً دائمة لا لجاناً وقتية. فهى لا تقوم بمهمة معينة ثم تنفض، بل هى لجان تقوم بصفة دائمة على تحقيق أغراض التعاون، كل لجنة في حدود اختصاصها. وقد تقرر في النظام الداخلي لهذه اللجان أن مجلس الجامعة هو الذي يعين رئيس كل لجنة، وفي هذا ضمان جدى لاستقرار العمل.

شافها: ترتب على أن هذه اللجان دائمة أن اتصلت كل لجنة بالقسم الادارى المقابل لها في أمانة الجامعة اتصالاً ادارياً وثيقاً، حتى ليمكن القرل بأن كل لجنة وعلى راسها رجل فنى يعينه مجلس الجامعة ويعاونه عدد من الفنيين في أمانة الجامعة، قد أصبحت نواة لادارة عامة مركزية تمتد دائرة عملها الى جميع البلاد العربية، وأن هذه الادارة ستتدرج في النمو والاتساع والشمول والقوة حتى تصبح على الزمن هي الادارة الحركزية الرئيسية لجميع البلاد العربية في الشؤون التي تخصص فيها.

شائفاً: لا تقتصر هذه اللجان على تمثيل دول الجامعة، بل يجاوز تمثيلها الدول الى غيرها من البلاد العربية الأخرى، وفى هذا اتساع الى مدى بعيد لدائرة نشاط اللجان، وتهيئة للبلاد العربية التى لم تتع لها الخروف حتى اليوم الاندماج فى الجامعة ان تمتبر نفسها جزءاً من هذه المجموعة العربية الكبرى التى تمتد من الخليج الفارسى الى المحيط الاطلسى، وقد انضم فعلا للجنة الثقافية فى دورتها الاخيرة ممثل رسمي طلريف العراكشى ومستمع غير رسمى عن تونس.

٣ .. المعاهدة الثقافية

يمكن القول بوجه عام ان دستور التعاون الثقافي والتشريعي ما بين البلاد العربية مسطور في المعاهدة الثقافية التي اعدتها لجنة شؤون الثقافة، واقرها مجلس الجامعة. ويتناول هذا التعاون الأمور الآتية:

- (١) الشؤون التعليمية.(٢) الرياضة البدنية.
 - (۲) الرياضة البدلية. (۳) الفنون والآثار.
 - ۱) الفتون والايار .
 - (٤) اللغة العربية.
 - (٥) الثقافة العامة.
- (٦) شؤون التشريع والدراسات القانونية.

وكل أمر من هذه الأمور الأساسية يشمل مسائل شتى.

فالتعاون في الشؤون التعليمية يشمل تبادل الأساتذة والمدرسين، وتبادل الطلبة والتلاميذ، وتعادل مراحل التعليم والشهادات المدرسية، وتبادل انشاء المعاهد التعليمية، وتوحيد المناهج في قدر أدنى مشترك من الثقافة العربية، وانشاء مكتبة عربية للتلميذ.

والتعاون في شؤون الرياضة البدنية يشمل تشجيع الرحلات الرياضية والكشفية بين البلاد العربية مع تسهيل معاملات السفر وخفض نفقاته، وتنظيم مباريات رياضية ما بين المعاهد والنوادي

والتعاون في الفنون والآثار يشمل توثيق الصلات بين المتاحف العلمية والتاريخية والفنية ودور الكتب بوسائل مختلفة كتبادل المؤلفات والفهارس والقطع الأثرية ذات النسخ المتعددة والموظفين الفنيين وبعثات التنقيب عن الآثار. ويشمل كذلك التعاون بين رجال الصحافة والمهن الحرة واهل الفن والتمثيل والموسيقي والسينما والاذاعة وتنظيم زيارات لهم من بلد الى آخر

والتعاون في النهوض باللغة العربية يكون بأن تعمل دول الجامعة على توحيد العصطلحات العلمية بواسطة المجامع والمؤتمرات واللجان المشتركة والنشرات، وبان تعمل على الوصول باللغة العربية الى تادية جميع أغراض التفكير والعلم الحديث وجعلها لغة الدراسة في جميع المواد في كل مراحل التعليم في البلاد العربية.

والتعاون في شوّون الثقافة المامة يتناول (أولا) التعاون على احياء التراث العربي القديم والمحافظة عليه ونشره وتيسيره للطالبين بمختلف الوسائل مع تبادل. انشاء المعاهد العلمية، وتشجيع الرحلات الثقافية. ويتناول (ثانياً) التعاون على نقل الثقافة الغربية لمسايرة الحركة الفكرية العالمية ويكون نلك بتنشيط الجهود التى تبنل لترجمة عيون الكتب الأجنبية القديمة والحديثة وتنظيم تلك الجهود. ويتناول (ثالثا) التعاون على تشجيع الانتاج الفكرى، ويتحقق نلك بوسائل مختلفة كانشاء معاهد للبحث العلمي والأدبي، وتنظيم مسابقات في التأليف، ووقف جوائز على المتفوقين من رجال العلم والأدب والفن. وحتى يستوفي تشجيع الانتاج الفكري كل أسبابه تعهدت دول الجامعة العربية بان تضع كل منها تشريعاً لحماية العلمية العابية والفنية والعلمية لما ينشر في كل دولة من دول الجامعة العربية العربية.

بقى التعاون فى شؤون التشريع والدراسات القانونية، وتحقيقاً لهذا الغرض تعهدت دول الجامعة العربية بأن تتخذ الوسائل اللازمة للتقريب بين اتجاهاتها التشريعية، وتوحيد ما يمكن توحيده من قوانينها، وادخال الدراسات القانونية المقارنة للبلاد العربية في برامج معاهدها.

٤ ـ لجنة التعاون الثقافي

نص ميثاق الجامعة على تأليف لجنة لشؤون الثقافة كما قدمنا فاللجنة اذن ليست وليدة المعاهدة الثقافية ، بل هى وليدة الميثاق نفسه . وإذا كانت المعاهدة الثقافية قد بينت اهم وجوه التعاون الثقافي ، فليس هناك ما يمنع اللجنة من ابتكار وجوه اخرى للتعاون ، لأن الميثاق يقرر بعبارة عامة وجوب تعاون الدول العربية تعاوناً وثيقاً في شؤون الثقافة ، ولم يحصر هذه الشؤون في مسائل محددة .

وقد عقدت اللجنة منذ اقرار المعاهدة الثقافية دورة واحدة في شهر مارس الماضى، وعالجت خمس مسائل:

أو لأ انشاء معهد للمخطوطات العربية يراد به احياء التراث العربى القديم ، فتوُخذ أفلام مصغرة للمخطوطات العربية المتتاثرة في جميع أنحاء العالم ، وتجمع هذه الأفلام في المعهد لتكون في متناول الطماء للبحث والدراسة والنشر ، والمشروع كما ترون مشروع جليل سبق أن نقُذ

مثله بالنسبة الى المخطوطات اللاتينية والمخطوطات اليونانية والمؤلفات الانجليزية القديمة . وحتى ندرك ما يعود من وراء تنفيذ هذا المشروع من الفائدة في احياء التراث العربي القديم ، يكفى أن نذكر أن ما نشر من هذا التراث حتى اليوم لايزيد على ١٠٪ من مجموع المخطوطات العربية .

ثافيا ترثيق الصلات ما بين اللجنة وهيئة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة ، حتى يتحقق التعاون ما بين الشرق والغرب فى الميادين الثقافية . وقد عرضت لجنة التعاون الثقافي على مجلس الجامعة قراراً ينظم الصلات ما بين الهيئة العربية والهيئة العالمية ، فأقر المجلس هذا للقرار

ويتلخص في ان نشكًل كل دولة عربية شعبة قومية تكون اداة الاتصال بكل من اللجنة العربية والهيئة العالمية وتختار مندوبيها في كل من اللجنة والهيئة من اعضاء هذه الشعبة بقدر الامكان، فيذهب مندوبو الدول العربية الى هيئة الأمم المتحدة متفقى الكلمة متضامنين. ثم تبحث لجنة التعاون الثافي عن الطرق المناسبة للاتصال مباشرة بهيئة الأمم المتحدة وفقاً لما جاء في دستور هذه الهيئة.

ثالثاً الدعوة الى عقد مؤتمر ثقافى من جميع البلاد العربية للبحث فى توحيد مناهج التعليم الخاصة بالثقافة العربية . فيقوم المؤتمر بتحديد القدر المشترك الأدنى من الثقافة الذى يوضع فى المناهج ويلقنه التلميذ فى كل بلد عربى . حتى تتوحد الثقافة العربية فيما بين البلاد المختلفة ، ويرتمع مستواها الى الحد الواجب وتشمل هذه الثقافة العلوم العربية والتاريخ العربي وجغرافية البلاد العربية والتربية الوطنية وأضيف اليها مسالة اللغة العربية ذاتها والنظر فى تبسيط قواعدها وتحسين اساليب تدريسها وقد الفت لجنة تحضيرية للأعداد لهذا المؤتمر العربي الذى سيكون الأول من فوعه .

رابعاً وضع تشريع حماية الملكية الأنبية والفنية في البلاد العربية ، وقد رات اللجنة أن الوقت قد حان لوضع هذا التشريع ، وقدرت أن الأفضل أن يكون واحداً لجميع الدول العربية . فألقت لجنة من الرجال الفنيين لوضع مشروع تمهيدى ، ومتى تم وضعه عرض على اللجنة الثقافية ، ثم على مجلس الجامعة . فإذا أقرته الهيئتان أوصى مجلس الجامعة الدول التخاذة تشريعاً لها .

خامساً: تأليف لجنة فرعية دائمة للتشريع. وستكون مهمة هذه اللحنة النظر فيما يمكن توحيده من قوانين البلاد العربية أو فيما يمكن تقريب الاتجاهات فيه . ولاشك في أن هذه اللجنة ستجد مجال العمل أمامها و اسمأ . فهناك القانون التجاري ، وهو قانون قابل للتوحيد فيما بين كثير من الدول العربية، بل فيما بين كثير من دول العالم إذا أغفلنا بعض الفروق النسيطة التي يقتضيها اختلاف النبئة في كل بلد. وهناك القانون الجنائي هو أيضاً كالقانون التجاري قابل للتوحيد. وهناك قوانين الاجراءات كقانون المرافعات وقانون الاجراءات الجنائية هي ايضاً تقبل التوحيد أو التقريب فيما بين اتجاهاتها . بل أن القانون المدنى نفسه، وهو القانون الذي يستعصى اكثر من غيره على التوحيد، بقبل كثيراً من التقريب فيما بين اتجاهاته في البلاد العربية المختلفة . وقد وقعت التجربة فعلا ، فوضع مشروع لقانون مدنى لمصر يمكن في كثير من النسر اتخاذه قانوناً مدنياً في لبنان وفي تونس والجزائر ومراكش . ووضع مشروع آخر للعراق يمكن اتخاذ قانونا في سورية وشرق الأردن وفلسطين. ويشترك المشروعان في كثير من الأحكام، ويتقاربان في الباقي منها . فإذا كان هذا هو شأن الثقنينات الجامعة الشاملة ، فلا شك في أن هناك كثيراً من القوانين الأخرى التفصيلية تقبل التوحيد أو التقريب فيما بينها. وستستعين اللجنة بخبراء من رجال القانون عندما تعالج موضوعاً معيناً، فيضع هؤلاء الخبراء نموذجاً تحتذيه الدول العربية أو تقترب منه بقدر الامكان. وللجنة مهمة أخرى هي تنظيم دراسات مقارنة لقوانين البلاد العربية تلقى في كليات الحقوق بجامعات هذه البلاد . هذه هي الجهود التي تبذلها الثقافة العربية في ميدان التعاون الثقافي. والتشريعي فيما بين البلاد العربية. وهي جهود كما ترون جديرة بالتشجيم. وإذا كانت هذه اللجنة قد وضعت نصب عينيها أن تعمل لتكوين المواطن العربي في الناحيتين الثقافية والتشريعية، فإن اللجان الأخرى التي أنشأتها الجامعة ستعمل دون شك لتكوين المواطن العربي في النواحي الاقتصادية والمالية والاجتماعية. ومتى قام المواطن العربي، وتحدد كيانه، في كل هذه النواحي، تهيأ السبيل عندئذ لقيام الوطن العربي الأكبر، وهو الهدف الأعلى الذي تتجه اليه أنظار العاملين في سبيل الوحدة العربية .

تقديم

بقلم

حضرة صاحب السعادة الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري باشا

رئيس مجلس الدولة (*)

رأى مجلس الدولة وهو القائم بتبعات القضاء الادارى فى مصر والمضطلع باعباء القانون العام ان يصدر مجلة يرصدها لخدمة القضاء الادارى وفقه القانون العام ولم يبتدع الفكرة الدسبقة إليها مجلس الدولة الايطالي ، ثم مجلس الدولة الفرنسي في الدراسات والوثائق التي يصدرها مرة في كل عام .

و لاشك في أن مصر ، و لايزال القضاء الاداري فيها يخطو في مراحله الأولى ، من أشد البلاد حاجة إلى أمثال هذه المجلة ، تعرف الناس بالقانون الاداري المصري في مراجل نشأته ، وفي مدارج تقدمه ، وفي تطوره لاستكمال أسباب الفتوة والشباب ، وهو ينمو تحت اعين القضاء والفقه ، وفي حضانتهما ، وبخاصة في هذا العهد الجديد الذي قام فيه مجلس الدولة ، فصار لمصر به قضاء إداري ، واستقام لها بذلك نظام قضائي كامل ، وحده انقضاء فترة الانتقال ، فاستوى قضاء مصرياً صميما تعتز

ومن علائم التوفيق ويمن الطالع ان لمح عميد رجال القانون في مصر، الأستاذ الجليل عبد العزيز فهمي باشا، ما اعتزمه مجلس الدولة من أمر هذه المجلة، فبعث اليها بتحية كريمة حرصنا أن نصدر بها هذا العددالأهل.

والتحية من عاهل القانون في مصر ، فهي تحية يزهو بها مجلس الدولة ثم هي من الرجل الذي امسك بزمام القضاء الاداري في عهده الأول حين كان موكولا إلى القضاء العادي ، عرفه ـ كما يقول هو في كلمته

 ⁽٠) مجلة مجلس الدولة ـ العدد الأول ـ يباير ١٩٥٠ .

القيمة - ايام ان كان فى طفرلته ، وشارك فعلا فى حضانته ، ويتواضع الأستاذ الجليل كثيراً عندما يقول عن نفسه إنه «شارك ، فى حضائة القانون الادارى ، فالمشاركة هنا لفظ ينبغى أن نتوسع فى تاويله ، اليس هو الواضع للأساس الذى تقوم عليه محكمة النقض فى عهدها الحاضر ؟ لقد اتام اركانها وشيد بنيانها ، واصطنع لها من اسباب التمكين والقوة ، ما تستند منه إلى حرز منيع حتى اليوم

فإذا كان القضاء الادارى قد أبصر ما أبصر ، فهو الذى أخذ بيديه ، وفتح عينيه ، وقوم خطاه ، فأخذ يحبو ، بعد أن كان يكبو ، ثم اشتدت قدماه ، وصلب عوده ، فصار يعشى على الأرض سويا .

ومن علائم التوفيق ويمن الطالع مرة اخرى أن ساهم في كتابة هذا العدد الأول من المجلة رجل من رجالات مصر، هو الدرة اللامعة في جبين القانون، والعقل القوى الشامل المحيط، الأستاذ الكبير والقاضى الجليل عبد الحميد بدوى باشا، عرفته مصر وهو يمسك فيها بزمام الادارة والسياسة حقبة طويلة من عهودها الأخيرة، فيحلق بها إلى مستوى رفيع يليق بأمة عريقة في الحضارة ثم ما لبث أن فاضت جهوده الجبارة فتدفقت في الميدان الدولي حيث يرفع الأن راس مصر عالياً بين قضاة العدل الدولية، وقد اختار بحثاً شيقاً هو "تحول لجدة قضايا الحكومة إلى مجلس الدولة، ومن أولى من استاذنا الكبير بالكتابة في هذا الموضوع، وهو الذي وضع الأسس الأولى للجنة القضايا في عهدها الحديث، ومهد سبيل هذا التحول من اللجنة إلى المجلس وكان إمام الفتوى وانتشريع في مصر زهاء ربع قرن، فأرسى في قوة وإحكام الحجر الأولى في بناء الققة الإدارى في مصر.

ويتابع القارىء في هذا المقال النفيس ما سبق إنشاء مجلس الدولة في مصر من محاولات قديمة كانت ترمى إلى إنشائه منذ عهد بعد. وقعت المحاولة الأولى في سنة ١٨٨٧، واعقبتها الثانية في سنة ١٨٨٨، ولم يتح التوفيق لواحدة منهما. وتغلب نظام لجنة قضايا الحكومة على نظام مجلس الدولة. ووصل النظام الأول إلى القمة من تطوره عندما أعيد النظر فيه عام ١٩٣٣. وقد جمع بين الفتوى والتشريع، ولم يكن ينقصه إلا القضاء ليستكمل جميع المقومات في نظام مجلس الدولة. ولا يجوز أن

يغمط نظام لحنة القضايا حقه ، فقد أدى أحلُ الخدمات للبلاد ، وكان هم الركن الأول الذي قام عليه نظام مجلس الدولة. لذلك لم يعد المقال وجه الحق عندما تقرأ فيه عن الحكومات التي تعاقبت على مصر ، سواء قبل الاستقلال أو بعده، وعن تباين نزعاتها واتجاهاتها، أن أقسام القضايا وقفت مثن تلك النزعات موقفاً لا يميل مع الهوى ، ولا يلحظ إلا المصلحة العامة، وإلا التوفيق بين ما تعارض أو اختلف من تلك النزعات والاتجاهات، دون أن تدافع رجال الحكم عن تبعاتهم الخاصة، أو أن تسعى لالزامهم بما تراه من وجوه المصلحة بغير قوة الحق وسلطان القانون ، . ولم يعدُ المقال وجه الحق كذلك عندما تقرا فيه ما صنعت لجنة القضايا من حميل في شؤون الرأي والدفاع والتشريع، ومن كان هذا الصنع من أعماله ولم يكن ليفوته طبعاً أن يسعى جهده لاستكمال ضرورات النظام فيما كان لصيقاً به من تبعات النصح والشورى للحكومة، وفي صدر هذه الصرورات إنشاء مجلس الدولة ١٠ ولم يفت لجنة القضاء حقا هذا السعى الحميد . فمنذ أصبح نظام مجلس الدولة ممكناً في مصر بعد ا إبرام معاهدة مونتريه الخاصة بالغاء الامتبازات واللجنة لم تأل جهداً في ذلك فوضعت مشروعاً لمجلس الدولة في سنة ١٩٣٩. ثم وضعت مشروعاً آخر اكمل من الأول في سنة ١٩٤١. ولكن ما لبثت الفكرة أن ارتطمت بالاعتراضات والعقبات على النحو المبين في المقال، حتى قيض الله لها أخيرا من أخذ مدها وسار بها إلى الغاية.

ويقول الأستاذ الجليل عبد الحميد بدوى باشا غى ختام مقاله إنه لم يشهد مولد المجلس ولا تنفيذ القانون الخاص به وإذا كان صحيحاً انه لم يشهد مولد المجلس، فصحيح ايضا أن المجلس ليس إلا ولداً انجبه. إذا هو لم يشهد مولده، فإن هذا لا ينتقص من أبوته الكريمة لهذا الولد الدار.

والعجلة تشتمل على اقسام ثلاثة، اولها للبحوث والدراسات، والثانى للتعليق على القضاء والفقه في القانون الاداري، والقسم الثالث للوثائق.

أما البحوث والدراسات فقد أريد بها في هذا العدد أمران:

(اولهما). أن يكون مجلس الدولة المصرى مجوراً يدور حوله البحث. فيدرس ما سبق إنشاء هذا المجلس من محاولات متكررة لانشائه قديما وحديثا . وقد فعل ذلك الأستاذ الجليل عبد الحميد بدوى باشا فى بحثه القيم الذى نوهنا به فيما تقدم . ويدرس القضاء الادارى فى مصر قبل إنشاء مجلس الدولة وما كان لهذا القضاء من إثر بعد إنشاء المجلس . وقد قام بهذ البحث الدقيق المتشعب الأطراف الأستاذ الكبير سليمان حافظ بك وكيل المجلس فى مقاله المعتع ، القضاء الادارى فى مصر بين عهدين ، .

فقد عرض في بحثه لما اضطلعت به محكمة النقض قبل إنشاء مجلس الدولة من نصيب وافر في تقرير مبادىء القانون الادارى. فعرفت الأمر الادارى، وجعلت ضابطه موضوعيا لا شكلياً ـ وإن كنا نرجح الضابط الادارى، وجعلت ضابطه موضوعيا لا شكلياً ـ وإن كنا نرجح الضابط الشكلي ـ واحدت بعبدا التعسف في استعمال السلطة بعد أن جعلت الاثبات يحمل عباه من يدعى التعسف، وقالت بنظرية الضرورة في الاجراءات الادارية بعد أن قيدتها بالمسوغ الشرعى الذي تقتضيه ظروف الحال، وتناولت الترخيص الادارى وطبيعته وسلطة الادارة التقديرية في منحه وفي الرجوع عنه، ونظرت في شرون الموظفين فكيفت الرابطة بين الحكومة والموظف تكييفاً صحيحاً على اساس أنها علاقة لائحية لا علاقة تعقدية، وحددت ولاية الترقية وحق الحكومة في فصل الموظفين.

ولا نشك في ان محكمة النقض خدمت القانون الاداري خدمة حليلة وبخاصة في عهدها الأول بزعامة رئيسها الأسيق الأستاذ الجليل عبد العزيز فهمي باشا كما اسلفنا القول. وخير ما فعلته في هذا الميدان هو اخذها بمعدا التعسف في استعمال السلطة. وجميل من الأستاذ الكبير سليمان حافظ بك مستشار النقض القديم ان يذكرنا بماثر محكمة النقض على القانون الاداري، ولكن هذا الوفاء المشكور لايمنعنا من وصع الأمور في نصابها . فإن محكمة النقض ، إلى جانب الخدمات الجليلة التي التها للقانون الاداري، عاقت ـ ككل محكمة نقض أخرى ـ من نمو هذا القانون واضطراد تقدمه . ويرجع ذلك إلى أن القضاء المدنى إذا تداول القضية الادارة لا يستطيع أن يتخلص في تناولها من العقلية المدنية التي رسخت في تقاليده . فهو لا يفرق بين تصرف الدولة في أموالها الخاصة وتصرفها في الأموال العامة ، ولا يميز بين العقود المدنية والعقود

الادارية، ولا يعترف بوجود فرق بين مسولية الأفراد ومسئولية الدولة، بل يتقيد في كل هذه الأمور بالنصوص المدنية. فإذا ما رأى التحرر من النصوص تطرف في الناحية الأخرى، وخرج على صريح النص دون اصطناع تطبيق القانون، كما فعل عندما قرر أن الأمر الاداري يفقد طبيعته الادارية لمجرد إشتماله على عيب، ويعتبر تبعاً لذلك عملا من اعمال النصب والتعدى التي يجوز له الغاؤها أو وقف تنفيذها(١). وليس في هذا القضاء الخاطيء من مزية إلا في دلالته على أن الوقت قد حان لانشاء قضاء إداري يختص بإلغاء القرارات الادارية وفي تعجله هذا الإصلاح الذي طال ارتقابه والواقع من الأمر أن محكمة النقض إذا واجهت الشؤون الادارية كانت بين أن تنقيد بحرفية النص المدنى أو أن تخرج على صريح ما اشتمل عليه من الأحكام.

على أن الأستاذ الكبير سليمان حافظ بك لم يفته أن يشير إلى ذلك في آخر مقاله في كثير من الرفق والتلطف. ولا نتردد في التأمين على النتيجة التي خلص إليها إذ يقول: «وفي هذا أو ذاك وحده... دلالة أبلغ دلالة على ما كنا نحسه من مسيس الحاجة إلى القضاء الاداري الجديد. ولن تستكمل العدالة مقوماتها ولا القانون سلطانه حتى يكمل لهذا القضاء اختصاصه الطبيعي، ويصبح بحق القضاء صاحب الولاية العامة في قضايا القانون العام «.

ويتصل بالبحثين المتقدمى الذكر بحثان أخران، يدوران هما ايضاً حول محور مجلس الدولة، ويعرضان للقضاء الادارى في البلاد الأجنبية، احدهما عن مجلس الدولة في فرنسا لعلم من اعلام الفقه الادارى الفرنسي الأستاذ فالين، والبحث الأخر عن المحاكم الادارية في المانيا للأستاذ الكبير الدكتور لودفينج شميت والمقالان كتبا للمجلة باللغة الفرنسية، وترجمهما إلى اللغة العربية الأستاذ مصطفى كامل اسماعيل النائب الأول

 ⁽١) أنظر في هذا المعنى البكتور عؤاد مهما - دروس القانون الإداري المصرى - ص ٥٦٣ و ٥٦٤
 ٥٩٢ و ٥٧٥

ويعرض مقال الأستاذ فالبن لمجلس الدولة في فرنسا منذ سنة ١٩٤٥ ، اي في صورته الأخيرة التي صدر بها قانون ٣١ يوليو سنة ١٩٤٥ منذ قيام الجمهورية الرابعة. والمقال ذو صبغة عملية. ومما يسترعي النظر ما جاء فيه من تعديل في طريقة تعيين المندوبين... وهم ادنى طبقات الموظفين الفنبين - فقد أصبحوا يختارون من ممتازى المتخرجين في معهد علمي يديره مجلس الدولة ذاته، ويسمى ؛ المدرسة الوطنية للإدارة ٠. أما في مصر فمنذ إنشاء وظائف المندوبين المساعدين اصبح من الميسور لمجلس الدولة أن يختار أفضل العناصر من متخرجي كليتي الحقوق في العام الذي يتم فيه التعيين أو العام الذي قبله، ويختارون بترتيب درجاتهم في امتحان الليسانس، وبذلك كُفل للمجلس أن يغدى بخير العناصر منذ البداية . وقد يكون هناك مجال النظر فيما إذا كان من الملائم، إقتداءً بمجلس الدولة في فرنسا ، تخصيص بعض من وظائف المندوبين المرشحين يعدون إعداداً خاصباً يناسب هذه الوظائف في معهد للعلوم الإدارية والمالية، يشترك في إدارته مجلس الدولة وكلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول، بحيث يتاح لمن يقبل في هذا المعهد من الطلاب الممتازين أن يقوم بدراسة علمية وعملية تتلاءم مع الأعمال التي سيتولاها في مجلس الدولة . أما من ناحية التشكيل فيبرز في مقال فالبن ماطرا من تغيير في طريقة تعيين المستشارين غير العاديين بمجلس الدولة الفرنسي. ولا نحسب أن مجلس الدولة المصرى بحتاج في الوقت الحاضر إلى إدخال نظام المستشارين غير العاديين، ويحسبه أن عدل في روط تعيين المستشارين بجيث بجوز إيخال العناصر الممتازة من رجال الإدارة العاملة في صفوف مستشاريه، وهذا هو نظام المستشارين العاديين انفسهم في مجلس الدولة في بفرنسا، وتلاحظ اخيراً وهذا أيضاً مما يبرز في مقال الأستاذ فالين.. أن نشاط محلس الدولة المصري في التشريع أبعد مدي من نشاط محلس الدولة الفرنسي ، و هذه مسألة هامة ينبغي أن يحرص مجلس الدولة المصرى على تقويتها . ولا يسم القاريء إلا أن يؤمن على ما جاء في ختام المقال من أن مجلس الدولة في فرنسا « يغدو كل يوم أكثر من ذي قبل إحدى الدعائم الرئيسية التي تتولى تنظيم الحياة في فرنسا وتوجيهها ٤٠

ويتبين من مقال الأستاذ شميت. وهو مقال جامع لشتات الموضوع الذي تناوله ويتم عن مجهود كبير يستوجب الثناء .. أن المانيا ليست عريقة في قضائها الإداري، فإن أول محكمة إدارية عليا للإمبراطورية جمعاء نص عليها دستور فايمار في سنة ١٩١٩ . ومع ذلك تروخي في إنشاء هذه المحكمة إلى أن قبض الاشتراكبون الوطنيون على زمام السلطة فأنشأوها في ظل الرابخ الثالث الذي قام في سنة ١٩٣٣ . ولم يبلغ القانون الألماني، كما يقول الأستاذ شميت «فيما بتعلق بالمجاكم الإدارية، من الوجدة النظامية أو الكمال في الأسلوب شأو القانون الفرنسي الذي شاد صرح مبادىء قويمة يعم سريانها بالنسبة إلى الإدارة ربوع البلاد بأسرها ٤. ويسترعي النظر فيما جاء بالمقال هذه التفرقة التي أقامها الألمان بين الطعن الولائي والطعن الإداري ، ففي الأول منهما لاتلزم الإدارة بفحص التظلم، أما في الثاني فيتحتم عليها أن تنظر في الطعن وأن تصدر قراراً فيه يعلن ذوي الشأن . ويسترعى النظر ايضاً فهم الألمان للخصومة الإدارية على أنها ليست الخصومة للدولة ذاتها «إذ لم يكن للدولة أصلا في عهد الربخ الثالث دور الخصم، فلم يكن المجامي العام ممثلاً للدولة، وإنما كان يساهم في تعرف الحكم القانوني للمسألة المعروضة بصفته من أعوان العدالة ، غير أنه كان له أن يطلب معلومات الوزارة صاحبة الشأن أو يتلقى تعليمات منها ٥ . فالدور الذي يقوم به إذن هو أقرب لدور ٥ نائب الدولة « منه لدور » الدفاع عن الحكومة » . و هذا نظر أدق لمعنى الخصومة الإدارية.

(والأمر الثانى) الذى اريد من البحوث والدراسات المنشورة فى هذا العدد ان تعالج مسائل فى القانون العام لها من الخطر والأهمية المقام الأول. وقد اختيرت مسائل ثلاث. أولاها صدر فيها حكم يؤرخ مرحلة هامة فى تاريخ تطور القضاء فى مصر وهى مسائة الرقابة القضائية على دستورية القوانين. والثانية مسائة من أخطر مسائل القانون الإدارى، ولمجلس الدولة بفرنسا فيها قضاء مبتدع جاراه فيه القضاء الإدارى المصرى، وهى مسائة وسحب الأوامر الإدارية و الرجوع فيها. والمسائة الثالثة هى من المسائل المغروضة على بساط البحث فى مصر والمسائة الثالثة هى من المسائل المغروضة على بساط البحث فى مصر فى الوقت الحاضر، وقد تقدمت الحكومة فيها بمشروع قانون إلى

البرلمان، وهي مسألة الاختصاص في مسائل الجنسية. وسنعقب على هذه البحوث الثلاثة في شيء من التفصيل فيما يلي.

أما القسم الثاني من هذه المجلة، وهو الذي خصصناه للتعليق على القضاء والفقه في القانون الإداري، فقد افتتجناه في هذا العدد الأول بمقال قيم للدكتور عثمان خليل عثمان استاذ القانون الإداري بكلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول، استعرض فيه عهود القانون الإداري في فرنسا وذكر أعلام الفقهاء في كل عهد، والمقال دراسة عميقة، علمية وعملية . ذلك وأن دراسة عهود القانون الإداري في فرنسا _ كما قال بحق صاحب المقال عن في الحقيقة دراسة المباديء الإداريّة التي ظهرت متلاحقة هناك، وأن هذه العهود هي بمثابة القصول أو الأبواب المتتالية في مؤلف عن القانون الإداري الحديث، فهي بذلك دراسة علمية عملية، وليست كما قد يظن مجرد بحوث تاريخية فلسفية ١. ولم يقتصر الدكتور عثمان على استعراض أهم المؤلفات في العهود المختلفة، بل عمد إلى تحليل هذه المؤلفات تحليلا علميا دقيقا ، فوفق في هذا العمل الجليل أكبر التوفيق. وهذا المقال الممتع هو خير تمهيد لما سيعقبه من تعليق على الفقه الإداري في هذا القسم. وقد بدأ فعلا الأستاذ محمد ابراهيم فهمي السيد المندوب بمجلس الدولة هذه التعليقات بايراد موجز دقيق لبعض البحوث الرئيسية التي نشرتها أمهات المجلات الفرنسية، وعلق عليها تعليقا نم على سعة اطلاع ودقة فهم ورحابة افق. وتلى ذلك، في هذا القسم الثاني ذاته، تعليقات قيمة على بعض الأحكام الهامة التي صدرت من محكمة القضاء الإدارى، دبجهاببراعة اعلام اربعة من اعلام القانون أثنان مصريان هما الدكتور محمد زهير جرانة استاذ القانون الإدارى السابق بكلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول والمحامى امام مجلس الدولة ومحكمة النقض والدكتور عثمان خليل عثمان صاحب المقال الذي سيقت الإشارة إليه والأخران اجنبيان هما الأستاذ فرنسوا فيريه المستشار السابق بمحكمة الاستئناف المختلطة والأستاذ باسكال اريجى الأجريجية في القانون الفرنسي . ولن يشك من يقرأ هذه التعليقات أن مستوى التعليق على الأحكام في هذه المجلة قد بدا رفيعاً ، وفي عزم القائمين بشأن المجلة أن يستبقوا هذا المستوى فيما يلى من الأعداد . ونشرنا من الوثائق في القسم الثالث من العجلة القانون الجديد لمجلس الدولة مقارنا بنصوص القانون القديم ومصحوباً بالمذكرة الإيضاحية . وسننشر في العدد التالى سائر الأعمال التحضيرية المتعلقة بهذا القانون ، من مناقشات برلمانية وتقارير اللجان في المجلسين ونصوص المشروعات الأولى التي سبقت كل ذلك . ثم نشرنا ، إلى جانب قانون مجلس الدولة المصدى ، القانون الأخير لمجلس الدولة الفرنسي ، وقد قام بترجمة نصوصه الأستاذ مصطفى كامل اسماعيل سكرتير المجلة . ونشرنا بعد ذلك التقارير السنوية الثلاثة عن اعمال مجلس الدولة في مصر ، وهي التقارير التي صدرت عن الأعوام الثلاثة الأولى من حياة هذا المجلس ، وسنوالى نشر هذه التقارير السنوية في هذا القسم من المجلة حتى يجتمع منها على مر الأيام صفحات تكون هي المرآة التي تتراءى فيها حياة مجلس الدولة .

ونعود إلى التعقيب على البحوث الثلاثة التي اسلفنا الإشارة إليها.

والبحث الأول يعرض لرقابة القضاء على دستورية القوانين. وقد قدمنا أنه موضوع من أدق الموضوعات وأعظمها خطراً. تناوله بالبحث هنا الأستاذان الكبيران السيد على السيد بك وكيل مجلس الدولة والدكتور عبد السلام ذهني بك المستشار السابق بمحكمة الاستئناف المختلطة. ومن يقرأ مقاليهما القيمين يتبين أن هذا الموضوع الخطير قد تضاربت فيه الأراء، وتباينت المذاهب، وتشعبت المناحي.

وقد عالج الأستاذ على السيد بك الموضوع من ناحية رقابة القضاء على دستورية القوانين، وبحث الأساس الذي يقوم عليه حق الرقابة ومدى الحق في ضوء حكم من اهم الأحكام التي اصدرتها محكمة القضاء الاداري.

ولا شك في ان هذا الحكم، الذي صدر في ١٠ فبراير سنة ١٩٤٨، يؤرخ مرحلة حاسمة في القضاء المصري. وإذا كانت الكثرة الفالبة من الفقهاء المصريين يقولون برقابة القضاء على دستورية القوانين، فان القضاء المصري قبل صدور هذا الحكم لم يكن مستقراً على هذا الرأي. وكانت محكمة النقض قد اخذت به في إحدى الأقضية، لكن حكمها جاء مقتضياً فلم يعالج الموضوع العلاج الوافي الذي يستحقه. ثم تلي ذلك حكم

محكمة استثناف مصر يقول بالرأى العسكى ، ويذهب إلى أن القضاء لا رقابة له على دستورية القوانين ، وهو حكم عنى واضعوه يبسط أسبابه في جلاء وقوة ، فطغى على ما سبقة من الأحكام المخالفة . ومن أجل ذلك قلنا إن القضاء المصرى لم يكن مستقراً قبل صدور الحكم الهام الذي نحن بصددة من محكمة القضاء الادارى ، والذي يعد رداً مقنعاً حاسما على حكم محكمة الاستثناف السالف الذكر . فقد واجه الموضوع مواجهة صريحة ، وعالجه في قدرة لم تترك مجالا للشك في أن قضاءنا الادارى قد إختط لنفسه خطة واضحة ، وقد حالفه التوفيق في هذه الخطة إذ انحاز للجانب الذي يقول برقابة القضاء على دستورية القوانين . وإذا كأن موضوع لكن الأسباب التي استند إليها عامة مطلقة ، لا تفرق بين قانون ومرسوم بقانون ، بحيث لا يشك القارئ في أن المعروض على المحكمة لو كان قانوناً لامسوماً بقانون ، لما غيرت وجهة نظرها ، ولما زادت على الأسباب التي نكرتها شبباً جديداً .

لذلك لا تعجب إذا راينا فقهاء القانون العام في مصر يحتفلون بهذا الحكم ويشيدون به ، فيقول الدكتور السيد صبري استاذ القانون الدستورى بكية الحقوق بجامعة فؤاد الأول في مؤلفه دمبادىء القانون الدستورى ا (طبعة رابعة سنة ١٩٤٩ ص ١٩٧١) : دان هذا الحكم سيكون نقطة التحول الحقيقي في موقف المحاكم المصرية في هذا الشأن نظراً لمركز القضاء الادارى . ويقول الدكتور عثمان خليل عثمان في تعليقة على هذا الحكم في مجلة التشريع والقضاء (السنة الأولى عدد ١٤ ص ٢٩١) : ١٠. لكل ذلك كان كسباً سياسياً _إلى جانب الاعتبارات القانونية _ أن يؤكد مجلس الدولة الجديد حق القضاء المصرى في مراقبة دستورية القوانين شكلا وموضوعاً ، وأن يفند الاعتراضات القائلة يتعارض هذا الحق مع مبدا الفصل بين السلطات أو خروجه بالقاضي عن طبيعة عمله القضائي ،

وتقول إن السيد على السيد بك - وكان أحد مستشاري الدائرة التي اصدرت هذا الحكم وهو مسئول إلى حد كبير عما جاء فيه من اسباب بالغة الوضوح والقوة - حالفه التوفيق أيضاً في بحثه هذا الذي ننشره في المجلة تعقيباً على الحكم ، وبياناً لأهدافه ومراميه . فقد قدم لتحليل الحكم بعوجز نفيس قيم عرض فيه لموقف البلاد المختلفة من هذه المسالة، وذكر ما يبسط منها رقابة القضاء على دستورية القوانين وما يعنع القضاء من هذه الرقابة، وفي ذلك استكمال لأسباب الحكم التي كانت لا تتسع لعرض فقهي كهذا. ثم استخلص من اسباب الحكم المسهبة كيف حدد الحكم اساس حق المحاكم في بحث دستورية القوانين، إذ هي التي نيط بها تطبيق القوانين وتفسيرها، ويقع على عاتقها بهذا الوصف أن تعين أي القانونين ولجب التطبيق، القانون الدستوري أو القانون العادي، إذا عارض احدهما الأخر. كذلك استخلص من الأسباب مدى هذه الرقابة القضائية، فالمحكمة لا تقضى بالغاء القانون غير الدستوري ولاتقف تنفيذه وقفاً عاماً، وإنما تمتنع عن تطبيقه في خصوص القضية التي تنظرها. ابان عن كل ذلك في منطق سليم، وعبارة واضحة دقيقة لا إسراف فيها ولا اقتضاب، وكان موفقاً كل التوفيق فيما ساقه من حجج وادلي به من أراء، فجاء مقاله خير تعقيب على حكم هو من أهم الأحكام التي اصدرها القضاء المصري في عهده الحديث.

وتناول الدكتور عبد السلام ذهني بك الموضوع من ناحية رقابة مجلس الدولة على دستورية القوانين. وبحثه هذا مكمل للبحث السابق، لايكاد أحدهما يغنى عن الآخر. والدكتور عبد السلام بك من أنصار الراي القائل برقابة القضاء على دستورية القوانين. وقد عرض في مقاله للفقه والقضاء في مصر وفي فرنسا وموقف كل منهما من هذه المسالة، كل هذا في إسهاب مستقيض، وطرافة في الأسلوب يكاد ينفرد بها، وإطلاق للقلم يتنقل حيث شاء صاحبه دون أن يعترف بحدود بقف عندها . لذلك جاء البحث متشعب المسالك ، غنياً بالمراجع ، زاخراً بآراء الفقهاء وقضاء المحاكم. وقد تابع تشكيل مجلس الدولة في مصر، وتبسط في وصف نظمه، تمهيداً لتناول الحكم الذي أصدرته محكمة القضاء الاداري في رقابة القضاء على دستورية القوانين. وقد كان الدكتور عبد السلام بك منصفاً كل الانصاف عندما أشاد بهذا الحكم فقال: « إنه من الأحكام التي يفخر بها القضاء والفقه معا بمصر فيما تمشى في اسبابه من اصول دستورية غاية في المتانة وفي الحجج الدامغة والتدليل القاطع، . وإذا كان قد أخذ على الحكم أنه تجاهل ما سبقه من أحكام مصرية ، وما قال الفقه المصرى في هذه المسألة ، وما خاض فيه القضاء والفقه في فرنسا ، فلعل الأسلوب المالوف في كتابة الأحكام، وما ينبغي لها.. من قصد في القول، ومجانبة للجدل، ومحاشاة للخوض في البحوث الفقهية، كل هذا هو الشفيع للحكم فيما أخذ عليه، وبحسبه أن يكون ـ كما قال الدكتور عبد السلامم بك ـ قد بحث «ناحية الدستوري المصري ومواده المسطورة، وناقش نظرية فصل السلطات مناقشة كان التوفيق فيها حليفاً له في مهارة وحذق ولباقة لم تترك قولا لقائل ب ومقال الدكتور عبد السلام ذهني بك يعد من البحوث العلمية الفياضة المدعمة بالمراجع والأسانيد، على ما فيه من وفر في اللفظ وإمعان في الاستطراد.

وإذا جاز لذا أن نقول كلمة في رقابة القضاء على دستورية القوانين ،
تعقيباً على هذين المقالين القيمين دون أن نردد ما جاء فيهما ، فنحن
نبادر إلى القول أن القضاء الفرنسي في هذا الموضوع مما لايجوز
الاحتجاج به . فإن هذا القضاء يتمسك بنصوص قديمة براها تحرم عليه
النظر في دستورية القوانين ، ولا مقابل لهذه النصوص في مصر . وقد
آن لذا أن نتجرر من ربقة التقليد لما يقوله غيرنا دون أن يكون عندنا
من النصوص أو الملابسات مثل ما عنده . وسنلقي مثلا آخر في وجوب
التحرر من ربقة التقليد عندما نعرض لبحث الاختصاص في مسائل
الجنسية ، ونري ما جرت عليه التقاليد في فرنسا مما يختلف اختلافاً بيننا
الجنسية ، ونري ما جرت عليه التقاليد في فرنسا مما يختلف اختلافاً بيننا

ويعنينا بعد ذلك أن نعود للأشارة إلى أن محكمة القضاء الادارى في المحكم الذي أصدرته كانت تنظر في دستورية مرسوم بقانون. واستطردت من ذلك إلى دستورية القانون ذاته. ولو وقفت عند الحد الذي كانت تنظره لكان الأمر ميسراً إذ لاشك في أن محكمة القضاء الادارى يجوز لها أن تلغى مرسوماً بقانون يكون غير دستورى، لا لأن الدستور المصرى يشترط في المرسوم بقانون ألا يكون مخالفاً للدستور كما ذهب إلى ذلك الدكتور عثمان خليل عثمان في تعليقه المشار إليه، فإن هذا الشرط وأجب في القانون دون الأول\الأقلأن المرسوم بقانون هو مظنة المخالفة

⁽١) على أنه يجوز القول أن العستور نص على وجوب الا يخالف القانون حكماً دستورياً عندما قرر في العادة ٣٣ أن «جميع السلطات مصدرها الأمة واستعمالها يكون على الوجه المبين بهذا العستور»

للدستور ومن ثم حرص الدستور ان يبرز الشرط في شأنه. ولكنا نجعل لمحكمة القضاء الادارى سبيلا على المرسوم بقانون تلغيه إذا راته مخالفاً للدستور شكلا أو موضوعاً لأننا ناخذ في الأوامر الادارية بالمميز الشكلي متبعين في ذلك الراى الراجح، فلا يخرج المرسوم بقانون إذن عن كونه أمراً إدارياً تنبسط عليه رقابة القضاء الادارى، شأنه في ذلك شأن الأوامر

فإذا كان المنظور أمام القضاء هو دستورية القانون ذاته ـ لا المرسوم بقانون منحن نرى أن القضاء ، إداريا كان أو عاديا ، لاتزال له الرقابة في ذلك. ويقتضينا بيان هذا الراي وجلاء ما يكتنفه من غموض وشبه ان نميز في اختصاص الهيئة التشريعية بين الاختصاص المحدود (pouvoir lié) و الاختصاص التقديري (pouvoir discrétioconnaire) ، و نقول بهذا التمسر لا لنفرق في الحكم بين الحالتين من حيث رقابة القضاء ، فرأينا ان القضاء الرقابة فيهما جميعا، بل لنبرز وجه الصعوبة في هذا الموضوع الدقيق . والتمييز الذي نقول به لا يطابق التمييز في القانون بين الشكل والموضوع فالاختصاص المحدود لا يتناول القانون من حيث الشكل فحسب، حيث براقب القضاء دائما اختصاصا محدودا للهيئة التشريعية ومن اليسير عليه أن يسجل على هذه الهئية مخالفتها للاجراءات والأوضاع التي نص عليها الدستور لسن القوانين، بل يتناول ايضا القانون من حيث الموضوع وذلك في بعض النواحي. ويكفى للتدليل على هذا أن نشير إلى المثل الذي أورده الدكتور السيد صبرى في مؤلفه المشار البه (ص. ٦٧٠) - قانون صدر بأثر رجعي يقرر عقوبة على فعل لم يكن معاقبا عليه. لاشك في مخالفة هذا القانون للمادة السادسة من الدستور وهي تقضى بالا عقوبة ، إلا على الأفعال اللاحقة لصدور القانون الذي ينص عليها ». وهذه المخالفة موضوعية لا شكلية، ومع ذلك لا مجال للتردد في رقابة القضاء على دستورية هذا القانون لأن اختصاص الهيئة التشريعية هنا محدود (Lié)لا تقديري (diserétionnaire). وحيث يكون الاختصاص محدوداً فالرقابة ميسرة. أما إذا كان الاختصاص تقديريا فهنا وجه الصعوبة في المسألة . مثل ذلك قانون صدر لمكافحة الشيوعية ، فهل هو مخالف للمبدأ الدستوري الذي يكفل للناس حرية الرأي؟ وهل بكون للقضاء حق الرقابة في ذلك؟ هذا نرى أن الهيئة التشريعية أصدرت

هذا القانون بموجب اختصاصها التقديري، إذ هي قدرت أن القانون لا يتعارض مع حرية الراي. ذلك أن الهيئة التشريعية عندما تسن قانونا فالمفروض أنها تكون قد قدرت أنه صحيح دستوريا من الناحية الموضوعية . والقائلون بتحريم النظر في دستورية القوانين من الناحية الموضوعية لايريدون أن يقولوا إن القانون الناطل من هذه الناجبة بحث على القضاء بالرغم من ذلك أن يطبقه . فهذا قول لا تنهض به حجة . إنم يريدون القول فيما نحسب أن البرلمان إذا سن تشريعاً لابد أن يكون قد قدر صحته الدستورية من ناحية الموضوع. وهذا التقرير يجوز - إذا جاز استعمال هذا التعبير .. قوة الشيء المقضى فيه بالنسبة إلى السلطة القضائية ، فلا تستيطم هذه أن تعبد النظر في هذا التقدير . ولا ندلي بهذا ا القول اعتباطا ، فأنه في نظرنا أهم حجة يستند إليها أنصار المنكرين على القضاء حق الرقابة. وهذه محكمة استئناف مصر في حكمها القوى الذي أسلفنا الاشارة إليه تقول في معرض هذا الانكار ١٠ وحيث أن الدستور إذ نص على أن السلطة التشريعية يتولاها الملك بالاشتراك مع مجلس الشيوخ والنواب وعلى أن استعمال هذه السلطة بكون على الوجه المبين بالدستور (م ٢٣) فقد اختص هذه السلطة وحدها بالأعمال التشريعية. ولاشك أن وأجبات هذه السلطة قبل إصدار تشريع ما أن تتحقق من مطابقته لنصوص الدستور وروحه عملا بالمادة ٢٣ المذكورة، وما دام أن هذا البحث هو من اختصاص تلك السلطة ، فليس للمحاكم مراقبتها فيها وإعادة بحث القانون بعد صدوره لمعرفة ما إذا كان منطبقاً على نص الدستور أو مخالفاً للمبادىء المقررة فيه، وإلا كانت المحاكم خارجة عن حدود اختصاصها ومتدخلة في أعمال السلطة التشريعية ١.

وفى هذا الضوء الجديد نعود إلى التساؤل أيجوز للقضاء الادارى أن يراقب تقدير الهيئة التشريعية؟ لاشك فى أن هذا لايجوز ، لا لأن التشريع عمل من أعمال السيادة فأغلب التشريعات كأغلب الأوامر الادارية لاتعتبر من أعمال السيادة ، ولا لأن اختصاص الهيئة التشريعية تقديرى إذ هنا يستوى الاختصاص المعدود ، ولكن لأن القضاء الادارى إنما يلغى الأوامر الإدارية دون الأوامر التشريعية (أى القوانين) . على أن الحجة مجالها محدود ، فهى مقصورة على الحالة التى ترفع فيها دعوى بطلان التشريع من طريق أصلى . لكن إذا تعسك الخصم ببطلان

تشريع من طريق الدفع لا من طريق أصلي، وطلب إلى القضاء الاداري، لا أن يبطل التشريع، بل أن يمتنع عن تطبيقه، أفلا يجوز لهذا القضاء أن يمتنع عن تطبيق تشريع يراه في تقديره باطلا من الناحية الموضوعية، ولو خالف في تقديره هذا تقدير السلطة التشريعية، وعارض تقديرا بتقدير؟ الحق أنه لايوجد، لا في نصوص الدستور المصرى ولا في المبادىء العامة حكم يقضى بأن تقدير البرلمان لصحة التشريم دستوريا من الناحية الموضوعية هو تقدير ملزم للسلطة القضائية ، لاسيما بعد أن قضى على التفرقة ما بين السلطة المحدودة والسلطة التقديرية لجهة الادارة من حيث رقابة القضاء وأصبح كل من السلطتين خاضعا لهذه الرقابة. وإذا قيل إن مبدأ الفصل بين السطات يقضي بذلك، أمكن الرد على هذا القول بأن القضاء وهو يراقب تقدير البرلمان لايقوم بعمل تشريعي حتى بقال إنه تدخل في شؤون السلطة التشريعية ، ولكن يقوم يعمل قضائي هو. تعرف القانون الواجب التطبيق في النزاع المطروح امامه. والمبدأ الدستوري المنطبق على حالتنا هذه هو المبدأ القاضي بأن استعمال السلطات يكون على الوجه المبين في الدستور . والبرلمان قد خالف هذا المبدأ إذ أصدر تشريعا يتعارض مع الدستور والقضاء إنما يسجل على البرامان هذه المخالفة . وما لم يوجد نص في الدستور ذاته ينهي القضاء عن النظر في دستورية القوانين، جاز للقضاء - بل وجب عليه - أن يمتنع عن تطبيق تشريع يكون في تقديره هو باطلا لمخالفته للدستور.

يستوى فى هذا النظر القضاء الادارى والقضاء العادى. وإذا قيل إن هذا لايمك إلغاء الأمر الادارى فأولى به ألا يمك إلغاء الأمر التشريعي، رد على هذا القول بأنه لايلغى أمرا تشريعيا ولايحكم ببطلانه، وإنما هو يقتصر على الامتناع عن تطبيقه فى قضية بالذات.

وننتقل إلى البحث الثانى. وقد تناوله الأستاذ الكبير عبده بك محرم المستشار بمجلس الدولة فى موضوع هو أيضاً من ادق موضوعات القانون الادارى، وهو موضوع «سحب القرارات الادارية الفردية»، وكما نؤثر نحن أن نقول «الرجوع فى القرارات الادارية الفردية»، والموضوع من صنع القضاء الادارى فى فرنسا، رسم معالمه مجلس الدولة الفرنسى، وحدد مداه، والمقال ببين ذلك فى دقة ووضوح، ويتابم

النظرية في مراحل تطورها، ويصعد إلى مصادرها الأولى من قضاء وفقه، ويورد طائفة قيمة من أقوال كبار رجال الفقه في فرنسا، ويستخلص أصل القاعدة، ويرتب عليها نتائجها المنطقية، إلا ما رأهمنها يتجافى مع الاعتبارات العلمية. كل ذلك في أسلوب سهل، وبيان وأضح، ومنطق مستقيم.

وقد حدد الباحث موضوع بحثه تحديداً صحيحاً، فقصره على القرارات الادارية التى تنشىء اوضاعا لمصلحة الأفراد وتكون قد صدرت مخالفة للقانون. فيجوز لمن اصدرها ان يرجع فيها، ويكون للرجوع الررجعي.

ونلاحظ بادىء الأمر أن القرار الادارى إذا صدر غير مخالف للقانون فلا سبيل للرجوع فيه. والرجوع في هذه الصالة هو ذاته قرار إدارى مخالف للقانون، يجوز الطعن فيه أمام القضاء الادارى بطريق الالفاء، بل يجوز الرجوع في هذا الرجوع من الجهة الادارية التي صدر منها الرجوع الأول.

ويناقش الباحث الأساس الذي يمكن الاستناد إليه لتبرير حق الادارة في ان ترجع في قراراتها المخالفة للقانون، فيرده إلى وجوب التوفيق بين مبداين متعارضين: وجوب احترام القانون بالفاء القرارات المخالفة له من مبداين واستقرار الأوضاع التي كسبها الأفراد بهذه القرارات من جانب أخر. والتوفيق لايكون إلا من طريق جواز الرجوع في هذه القرارات براضاء لجانب القانون، وقصر الرجوع على مدة معقولة إرضاء لجانب الاستقرار. والمدة المعقولة التي يجوز فيها الرجوع لايمكن أن تكون إلا المدة التي يجوز فيها الرجوع لايمكن أن تكون الاداري مع مدة الالفاء القضائي، وبانقضاء هذه المدة يعتنع إلغاء القرار إطلاقا عن طريق قضائي أو عن طريق إداري، فتستقر الأوضاع بذلك الستقرار نهائياً. والمزية في اختيار مدة الإلغاء القضائي، وعدتها ستون يتحديدها.

ويعزز الباحث هذه الحجج بحجة جديدة هى أن القانون لم يجعل للادارة حق الطعن بالالغاء فى قراراتها الباطلة أمام القضاء، ولا يفهم ذلك إلا على أساس أن الادارة ذاتها هى التى تتولى إلغاء قراراتها الباطلة.

وعرض المسألة على هذا الوضع عرض جارى فيه الباحث مجلس الدولة الفرنسي في نقطة الابتداء . «فقد ذهب قضاء مجلس الدولة ـ كما يقول الباحث - إلى عدم جواز الرجوع في هذا القرار (أي القرار الباطل)، وبذلك لم يكن يجوز حرمان شخص من مزية كسيها من قرار إداري مخالف للقانون إلا إذا حصل شخص أخر له مصافحة على حكم بالفاء ذلك القرار ٠٠ فالأصل إذن عند مجلس الدولة الفرنسي هو عدم جواز الرجوع في القرار الباطل، والرجوع فيه هو الاستثناء، ولأنه استثناء فقد قصر على مدة محدودة ولكن أليس في هذا قلب للأوضاع القانونية؟ وهل حقاً أن الأصل هو عدم جواز الرجوع في القرار الباطل؟ أم الصحيح أن الأصل هو جواز الرجوع فيه؟ بل وجوب الرجوع فيه؟ إذ القرار الباطل، وفقا لمنطق القانون، لا ينتج أثراً ولا يقيد الجهة الادارية التي أصرته، فهي تستطيع الرجوع فيه أي وقت تشاء ، خلال ستين يوما أو بعد إنقضاء هذه المدة. ولا هي تحتاج في ذلك لأن تلتجيء إلى القضاء لالغاء قرارها الباطل، بل المتظلم من القرار هو الذي تقوم به هذه الحاجة. فمجلس الدولة الفرنسي في قضائه الأول عندما كان لايجيز الرجوع إطلاقا في القرار الباطل - كان متحكما هذا ايضاً - وذلك ابتغاء الاستقرار . ومجلس الدولة الفرنسي كان في كل هذا أقرب إلى المشرع منه إلى القاضي ، جريا على سنته في كثير من المسائل

ولعل هذا الوضع المنطقى السليم الذي نعرضه يجلو الغموض الذي احاط ببعض التطبيقات التفصيلية في هذه المسالة . فهناك قرارات إدارية باطلة صدرت قبل إنشاء مجلس الدولة ، وقرارات اخرى باطلة صدرت بعد إنشاء المجلس ولكنها غير قابلة للطعن فيها ، أو هي قابلة للطعن ولكن لا مصلحة لأحد في ذلك . فهذه كلها قرارات لا ينفتح فيها ميعاد للطعن . فهنايحرم الرجوع في هذه القرارات إذ يمتنع فيها الالغاء القهائي ، أو يجوز الرجوع فيها لأن الأصل هو الرجوع في القرارات الباطلة كما سبق القول ؟ نحسب أن الرأى الثاني هو الذي يتفق مع الوضع المنطقي السليم الذي عرضناه . ويبقى بعد ذلك أن ننظر فيما إذا كان من الملائم تحديد مدة لجواز الرجوع في هذه القرارات الباطلة أرضاء لجانب الاستقرار في الأوضاع القانونية الظاهرة ؟ وإذا كان من الملائم تحديد مدة

للرجوع فهل تكون هي الستين يوما المحددة لطلب الالغاء القضائي في القرارات الباطلة؟ وإذا اخترنا هذه المدة الايجوز الاعتراض على ذلك بأنها مدة جارينا في تحديدها مدة الالغاء القضائي في قرارات غير قابلة لهذا الالغاء، فتكون الحكمة من هذه المجاراة منتفية؟ هذه كلها صعوبات لابد فيها، عند انعدام النص التشريعي، من قضاء كقضاء مجلس الدولة الفرنسي يشرع اكثر مما يقضى.

ونعود إلى المقال. فهو بعد ان استعرض المبادىء الأساسية في الموضوع، تناول كثيراً من التفصيلات العلمية والعملية، فاستوعب موضوعا نراه في وضعه الحاضر مشتتا في اماكن منفرقة، مبعثراً بين كثير من المراجع، بل هو في المرجع الواحد نراه موزعا على ابواب مختلفة، فخدم بهذا العرض الجامع الشامل فقه القانون الادارى خدمة جليلة مشكورة، وبخاصة فيما أورده من التفصيلات العملية. كرجوع الادارة فيما تعطيه من رخص، وكالرجوع في عقود الالتزام، وكتعيين السلطة الادارية التي يكون لها حق الرجوع في القرار الباطل، وكالرجوع في قرار باطل ، وكالرجوع في قرار باطل ، وكالرجوع في قرار باطل ، وكالرجوع في قرار باطل بمقتضى قانون يسن لذلك.

ولعل ميل الباحث إلى الاستقصاء والامعان في ذلك هو الذي ساقه إلى معالجة مسائل لا تظهر بوضوح فائدتها العملية، وإن كانت لا تظو من الأممية العلمية، مثل ذلك التمييز في القرارات الباطلة بين قرار باطل بطلانا مطلقاً وقرار باطل بطلانا نسبياً، وهو تمييز إن صح القول به في القانون الادارى على غرار القانون المدنى فإنه في حاجة إلى كثير من التحديص، وهو على كل حال، كما يقول الباحث نفسه، (بحث واسع يستأهل أن يكون وحده موضوعاً لبحث اخر مستقل).

على أن هذه المتابعة العلمية ، على ما فيها من مزالق ، القت ضوءاً جديداً على مسألة بدا فيها شذوذ في مجلس الدولة الفرنسي ، وهي مسألة فصل الموظفين . فقد استقر قضاء المجلس على جواز الرجوع في قرار الفصل حتى لو كان هذا القرار غير مخالف للقانون . واحسب أن الباحث قد حالفه التوفيق عندما ربط هذه المسألة بالمبدأ الذي لا يجيز للادارة أن ترجع في قرار إداري صحيح استعمالا لسلطتها التقديرية ، فقال في هذا الصدد : (ولعل هذه هي الحالة الوحيدة التي سوى فيها مجلس الدولة بين مخالفة القرار للقانون وعدم الملائمة من حيث جواز السحب ، لأنه إذا تقرر سحب القرار بالفصل رغماً عن مطابقته للقانون، فإنما يكون ذلك لأن الادارة استعملت سلطتها التقديرية ورات أنها اخطأت فى الفصل). وهذا التخريج لا شك فى أنه تخريج حسن.

والأن وقد فرغنا من متابعة هذا البحث القيم لا يسعنا إلا أن نسجل في هذه المناسبة لمجلس الدولة الفرنسي ابتداعه لنظرية (الرجوع في القرار الاداري). فهذه النظرية هي كما اسلفنا القول، من صنعه، وهي حسنة من حسناته الكبري اراد بها أن يوفق بين الاعتبارين المتعارضين اللذين سبقت الاشارة اليهما. ويتبين لدى النظر مبلغ ما انطوى عليه هذا القضاء من قوة في الابتداع وقدرة على الخلق والانشاء، فهو قد احترم المركز الظاهر ولو كان باطلا، وجعل استبقاءه هو الأصل والرجوع فيه هو الاستثناء. ولعله سار في ذلك على القاعدة الأصولية المعروفة، من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه. ولا نحسب أن القضاء المدنى كان على هذا القدر من الجراة، حتى في احترامه لحقوق الوارث الظاهر، وحتى في أخذه بالارادة الظاهرة، وحتى في حمايته للغير في العقد الصورى.

ومهما يكن من أمر فقداستقر القضاء الادارى في فرنسا على النحو الذي أسلفناه قلا يجوز للادارة أن ترجع في الامر الباطل إلاخلال انفتاح مواعيد الطفن أو إذا رفع الطعن فعلا أمام القضاء . ويبدو أن الرجوع جائز ما دامت مواعيد الطعن سارية ، حتى لو أنقطعت بتظلم إدارى فطالت بهذا الانقطاع . ويبدو كذلك أن الرجوع جائز مادام الطعن مرفوعاً أمام القضاء وذلك إلى وقت النطق بالحكم(١).

⁽۱) فاذا رجعت الجهة الادارية في القرار الاداري وباب المرافعة لا يزال مفتوحاً . فأذا يقلب أن ينزل المدعى عن دعواه والا اعتبرت الخصوصة منتهية . وإذا كان الرجوع بعد إنقال باب المرافعة وقبل النطق بالحكم ، جاز لأي من الخصمين طلب فتح باب المرافعة من جديد ، حتى إذا اجيب هذا الطلب نزل المدعى عن دعواه أو طلبت الادارة اعتبار الخصوصة منتهية . ويشكل الأمر إذا لم يفتح باب المرافعة في هذه الحالة وصدر الحكم برقض الطعن . ولذلك يكون من الأوفق تحريم الرجوع في القرار الادارى مل الموقعة الذي يقفل فيه باب المرافعة ، فاذا فتح باب المرافعة من جديد عاد للادارة حق الرجوع .

وشاء القضاء الإداري في مصر أن بتابع القضاءالفرنسي في هذه الخطوة الجرينة ، فأخذ بالنظرية كاملة . وهذا حكم أصدرته محكمة القضاء الاداري في ٢١ يناير سنة ١٩٤٨ (مجموعة عاصم ١ ص ٣٤٣) جاء في أسبابه ما يأتي (يشترط أن يحصل هذا السحب في ميعاد الستين يوما المنصوص عليها في المادة ٣٥ من قانون إنشاء محلس الدولة. فإذا انقضي هذا المتعاد إكتسب القرار حصانة نهائية تعصمه من أي إلغاء أو تعديل من جانب الإدارة ، وأصبح لصاحب الشأن حق مكتسب فيما تضمنه القرار بحيث يعتبر الاخلال بهذا الحق يقرار لاحق مخالفة للقانون يعيب هذا القرار الأخير ويبطله. وعلة ذلك ظاهرة إذ تقوم على اعتبارين أولهما ضرورة التوفيق في إصلاح ما أنطوى عليه قرارها من مخالفة للقانون ووجوب استقرار الحالة القانونية القائمة على هذا القراراستقرارأ يصمه من كل تغيير أو تعديل . وثانيهما مراعاة الاتساق بين المبعاد الذي يجوز فيه لأصحاب الشأن طلب إلغاء القرارات الادارية بالطريق القضائي وبين الميعاد الذي يجوز للادارة فيه سحب قرارها حتى يتم الاستقرار بعد مضى زمن واحد) وقد عزز هذا الحكم احكام اخرى تؤيده، اخرها حكمان لما ينشرا، صدر كل منهما في أول ديسمبر سنة ١٩٤٩، مشتملا فيما ورد فيه من أسباب على السبب الاتي: «ومن حيث أن القاعدة في سحب الجهة الادارية للقرار الادارى المخالف للقائون أو تعديله حسيما جرى عليه قضاء هذه المحكمة هو أن يتم السحب والتعديل خلال ميعاد الستين يوماً المنصوص عليه في قانون مجلس الدولة لرفع الدعاوي من جانب الافراد بالغاء القرارات الادارية، تقريراً للمساواة في الحكم، ومراعاة للمعادلة بين مركز الحكومة ومركز الأفراد إزاء القرار الادارى وليكون له حد يستقر عنده ويكتسب فيه حصانة تعصمه من التغيير والتبديل ء .

عنا ونعيل إلى القول بأنه بمتنع الرحوع في قرار لم يطعن فيه بالالفاء ، بل اقتصر المدعى في سأنه على المطالبة بالتعويض امام القضاء الادارى أو القضاء المادى . لأن القرار هنا غير مهدد بالالغاء بل هو بيقى قائماً حتى لو قضى بالتعويض ، و لأنه لو جاز الرجوع في هذه الحالة لظل باب الرجوع مفتوحا مدة خمس عشرة سنة . و هي المدة التي تجوز فيها المطالبة بالتعويض ، و في هذا تعارض مع الاستقرار الواجب للأوضاع الظاهرة .

فقضاؤنا الادارى إذن قد استقر على القضاء الادارى في فرنسا. وهو يحذو حذوه في أنه قرر مبدأ هو أقرب إلى التشريع منه إلى القضاء. إذ يواجه بذلك نفس الاعتبارات العملية التي واجهها القضاء الفرنسي.

ولكن أتراه يسير في هذا الطريق إلى النهاية؟ الأيجوز أن يميز من القرارات الباطلة قرارا لأوجود له لعيب جوهرى في الشكل، أو لمسوره من جهة ظاهر عدم اختصاصها، أو لغير ذلك من العيوب الجوهرية الظاهرة، فيجيز للادارة أن ترجع في أي وقت في مثل هذا القرار مطاوعة لمنطق قانوني يصعب الخروج عليه؟

. . .

والبحث الأخير، وقد عرض للاختصاص في مسائل الجنسية، قام به الأستاذ الكبير مصطفى كامل اسماعيل النائب الأول بمجلس الدولة وسكرتير هذه المجلة ، وهو بحث قيم ، استقضى صاحبة فيه مختلف المراجع، واحسن انتقاءها، فالبحث غنى بآراء الفقهاء، وإحكام القضاء، ونصوص القوانين والنظم، والأعمال التحضيرية الخاصة بموضوع الجنسية في القانون الفرنسي، وهي كثيرة متشعبة.

وقد جاء هذا البحث في وقته المناسب، فإن الاختصاص في مسائل الجنسية هو حديث اليوم، وقد قدمت الحكومة لمجلس الشيوخ مشروع قانون يعيد تنظيم الجنسية المصرية، وقررت لجنة المجلس ان تجعل الاختصاص في هذه المسائل لمحكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة، والأمر معروض على مجلس الشيوخ، ومن ثم سيكون اختصاص مجلس الدولة بمسائل الجنسية هو موضوع البحث في القريب العاجل، لذلك كانت الدراسة التي قام بها الأستاذ مصطفى كامل اسماعيل في هذا الموضوع، الدراسة دقيقة قيمة، قد انت في اوانها، وسينتفع بها دون شك من سيقع على عاتقهم تمحيص هذا الموضوع الهام من الشيوخ والنواب، بل هي فوق ذلك قد اسدت خدمة جليلة للباحثين من المشتغلين بالقانون

وقد بين الأستاذ مصطفى كامل اسماعيل فى وضوح وجلاء ان الجنسية علاقة تربط الفرد بالدولة ، فهى علاقة من علاقات القانون العام وتدخل فى دائرة هذا القانون وفند الراى القائل بأن الجنسية تتعلق بالقانون الخاص على اعتبار انها عنصر من عناصر الحالة المدنية للأشخاص. وخلص من بحثه إلى أن الاختصاص في مسائل الجنسية يجب أن يكون للقضاء الإداري لأن هذا القضاء يهيمن بطبيعته على تطبيق القانون العام. ولا شك في أن الحجج التي تقدم بها في كل ذلك هي من أتوى الحجج وانفذها إلى مواطن الاقتناع. وقد وفق التوفيق كله في أن يسوق هذه الحجج القوية في منطق سليم وتحليل دقيق. ولعل باحثاً في مصر لم يتناول موضوع الاختصاص في مسائل الجنسية بمثل القوة التي تناوله بها الأستاذ مصطفى كامل اسماعيل، ولا بمثل هذه الإحاطة الشاملة التي استقصت شوارد الموضوع فلمت شعثها وجمعت شتاتها.

ونحن لا يسعنا إلا أن نؤمن على كل ما جاء في هذا البحث القيم.

. به لا بوجد في علاقات القانون العام ما هو أدق أتصالا بالدولة من انتماء الفرد إليها برابطة الجنسية. ولا عبرة بما يجرى عليه العمل في فرنسا فقد بين الباحث في مقاله أن العقيدة الخاطئة التي سار عليها الفرنسيون لا يفسرها إلا وضع هو أيضاً خاطيء، إذ جاءت النصوص التمنظم الجنسية في ثنايا نصوص القانون العدني الفرنسي. على أن هذا الوضع لم يمنع محكمة النقض الفرنسية أن تقرر غير مرة أن الجنسية من علاقات القانون العام. بل إن هذا الوضع الخاطيء ذاته قد ارتفع منذ صدر في فرنسا قانون للجنسية منفصلا عن القانون العدني.

ونرتب على أن الجنسية من علاقات القانون العام ، أنه لا توجد جهة قضائية في مصر ، وفقاً للنظم القضائية القائمة ، تختص بالنظر في مسائل الجنسية إذا أريد رفعها أمام القضاء بصفة أصلية . فالمحاكم العادية لا تختص بهذا النظر لأنها لا تنظر في علاقات القانون العام ، بل تنظر في المسائل المدنية والجنائية . ولذلك كانت أحكامها ذات حجة نسبية لا تحوز قوة الشيء المقضى إلا بالنسبة الى الخصوم في الدعوى . ومحاكم الأحوال الشخصية لا تختص أيضاً بالنظر ، إذ الجنسية ليست من مسائل الأحوال الشخصية حتى تدخل في دائرة إختصاصها . ومحكمة القضاء الإداري ، وإن كانت أقرب الجهات القضائية إلى هذا الاختصاص ، هي أيضا غير مختصة ، لأنها لم تصبح بعد صاحبة الولاية العامة في جميع المنازعات

الإدارية، ولا تنظر إلا مسائل حددت على سبيل الحصر، والنزاع في الجنسية لم يدخل بعد في هذه المسائل.

أما إذا رفعت مسائل الجنسية إلى القضاء بصفة تبعية ، فإن كلا من القضاء الإداري والقضاء العادي يكون مختصاً. وبأتى اختصاص القضاء الإداري من أن المادة ٢١ من القانون الجنسية تقضى بأن ا يعطى وزير الداخلية كل ذي شأن شهادة بالجنسية المصرية ، . فإذا امتنع الوزير عن إعطاء هذه الشهادة لشخص يستطيع أن بثبت جنسبته المصرية ، كان لهذا أن يطلب من محكمة القضاء الاءداري إلغاء قرار الامتناع، فتنساق المحكمة إلى بحث جنسيته تبعأ للخصومة الأصلية. وكذلك يتحقق اختصاص القضاء الاءداري على هذا الوجه، لو أن قراراً إدارياً صدر بابعاد مصرى إلى الخارج، فطعن هذا في القرار لمخالفته للدستور. ولا يجوز الاعتراض على إثبات هذا الاختصاص للقضاء الإداري بدعوى أن قانون المرافعات الحديد في المادة ٩٩ أوجب تدخل النباية العامة في كل قضية تتعلق بالجنسية والنبابة لا تستطيع التدخل امام القضاء الاءداري لا نعدام ولايتها بالنسبة إلية . فإن هذا الاعتراض مردود بأن النص الذي يقضى بتدخل النيابة في قضايا الجنسية لا تخاطب به غير المحاكم العادية، فهي وحدها التي تلتزم تطبيقه إذا ما رفعت أمامها قضية من قضابا الجنسية بصفة تبعية . أما محكمة القضاء الاءداري ، فهي وإن كانت تطبق كمبدا عام نصوص قانون الصرافعات، إلا أنها لا تطبق من هذه النصوص ما يتعارض مع قانونها أو مع طبيعة نظامها. والنص الذي يرجب تدخل النيابة في قضايا الجنسية يتعارض مع طبيعة نظام محكمة القضاء الاءداري لأن النيابة العامة لا ولاية لها أمام هذه المحكمة. ولا تثبت لها الولاية إلا بنص خاص في القانون، وقد وضع هذا النص فعلا في مشروع قانون الجنسية الذي قدم إلى مجلس الشيوخ وهو المشروع الذي سبقت الاءشارة إليه ولو أن نظام «نائب الدولة» (commissaire du gouvernement) المعروف في القضاء الاءداري الفرنسي كان قائماً في مصر لأغنى عن تمثيل النيابة العامة في قضايا الجنسية.

ويتبين مما تقدم أنه إذا كان هناك نقص فى التشريع المصرى القائم، فهذا النقص لا يرجع إلى سكوت التشريع عن تعيين محكمة مختصة ينظر قضايا الجنسية بصفة تبعية . فإن هذا الاختصاص ثابت لكل من القضاء الادارى والقضاء العادى كما قدمنا . ولكن النقص يبدو جلياً إذا بحثنا عن جهة قضائية تكون مختصة بنظر قضايا الجنسية إذا ما رفعت بصفة اصلية . وثبوت هذا الاختصاص الأصيل لجهة قضائية معينة من الأهمية بمكان كبير ، فإنه يمكن لكل ذى مصلحة من إثبات جنسيته المصرية بطريق مباشر ، ويركز قضايا الجنسية في جهة قضائية واحدة حتى لا تتعارض الأحكام في هذا الموضوع الخطير إذا تعددت الجهات المختصة كما هي الحال في الوقت الحاضر بالنسية إلى الاختصاص النعي .

وهذا ما تكفل به مشروع القانون القديم إلى مجلس الشيوخ. فقد قدرت لجئة الشيوخ كما قدمنا أن تكون قضايا الجنسية من اختصاص محكمة القضاء الاداري وأن ترفع هذه القضايا في مواجهة وزير الداخلية وتمثل فيها النيابة العامة. وهذا هو النص الذي وافقت عليه اللجنة وتقدمت به إلى مجلس الشيوخ. وتختص محكمة القضاء الاداري بمجلس الدولة بالنظر في جميع الدعاوى التي ترفع لأثبات الجنسية المصرية أو الطعن في القرارات الصادرة في شأن هذه الجنسية وترفع الدعاوى في مواجهة وزير الداخلية، وتمثل فيها النيابة العامة ه.

وقد حالف التوفيق لجنة الشيوخ فيما صنعت فان جهة الاختصاص الطبيعية في قضايا الجنسية التي ترفع بصفة لايجوز أن تكون إلا جهة القضاء الاداري ما دام هذا القضاء قد وجد. ولم يكن المشرع المصري يملك إلا أن يجعل محكمة القضاء الاداري هي المختصة. ولو فعل غير للك لناقض طبيعة الأشباء.

فالجنسية من علاقات القانون العام كما قدمنا، ومحكمة القضاء الاداري هي التي تنظر في هذه العلاقات.

والخصم في قضايا الجنسية التي تنظر بصفة اصلية هي الاءدارة، ومحكمة القضاء الإداري هي الجهة التي تختصم الإدارة أمامها.

والحكم الذي يصدر في قضايا الجنسية يجب أن يكون أثره مطلقا يحتج به على الكافة، ومحكمة القضاء الإعداري هي التي تصدر مثل هذه الأحكام. بقى علينا ، وقد انتهينا من التعقيب على البحوث المنشورة في المجلة ، أن نقول كلمة موجزة في مجلس الدولة المصرى نسجلها في مناسبة صدور هذا العدد الأول .

قام مجلس الدولة في مصر على غرار مجلس الدولة في فرنسا يجمع بين الفتيا والتشريع والقضاء واقتبست له نظم تقرب من النظم الفرنسية ولكن هناك أمران جوهريان يختلف فيهما المجلسان احدهما عن الآخر:

(الأمو الأول) أن مجلس الدولة في فرنسا نشأ نشأة تدرجت في التطور. وقد قطع مراحل حافلة بالتقلبات، زاخرة بالأحداث، تتعاقب تارة في هوادة واسترخاء، وأخرى في اضطراب وعنف. وكان قضاؤه في مبدأ الأمر ضرباً من ضروب الفتيا يتقدم بها إلى السلطة العليا في الاءدارة العاملة لتقرها قبل أن تنفذ. ثم أخذ يستكمل سلطانه في القضاء في كثير من التؤدة، يمشى خطوة ويتعثر أخرى، ولم يبلغ أشده إلا في سنة المحلا، حين تحول سلطانه المقيد في القضاء إلى سلطان مطلق.

اما مجلس الدولة في مصر فقد ولد كامل التطور. وإذا كانت لجنة القضايا سبقته فعيدت له الطريق في الفتيا والتشريع، فليس الأمر كذلك في القضاء، إذ لم يكن لمصر جهة قضاء إداري قبل وجود مجلس الدولة، إلا إذا شئت أن تطلع على قضاء التعويض، الذي كانت المحاكم العادية - ولا تزال مختصة به، قضاء إداريا.

فليس إذن لمجلس الدولة في مصر ما لمجلس الدولة في فرنسا من ماض طويل حافل بالشدائد وبالأمجاد . وإذا تلفت المحلس الفرنسي قليلا إلى الوراء ، وجد من تقاليده العتيدة ومن ماضيه المجيد سنداً يعتمد عليه ، ومن قضائه المضطرد في الاستقرار نخيرة يفيد منها ، فهو مجلس هذبته الشدائد ، وانضجته التجارب ، واصبح قطعة لا تفصل من النظام الاعداري الفرنسي .

(والأمر الثاني) ان مجلس الدولة في فرنسا تشا في احضان السلطة التنفيذية. الأصل في نشأته ان الإداري في عهد الثورة الفرنسية ارادت ان تتجرر من ربقة القضاء. وكان القضاء في عهد الملكية القديمة يعوق الإصلاح الإداري من جراء تدخله المستمر في اعمال الاعدارة. فلم تغب

عن رجال الثورة هذه النكريات البغيضة، ونحوا باسم المبدأ المعروف بفصل السلطات القضاء عن أن ينظر في المنازعات الإدارية، وصارت الإدارة نفسها هي القاضية في هذه المنازعات، ولكن لم يلبث الأمر أن تكشف عن وضع غير سليم، قالإدارة وهي خصم اصبحت حكما لا يؤمن تحيزه، ومن ثم أنشىء مجلس الدولة في دستور السنة الثامنة من عهد الثورة، وأريد به الفصل ما بين الإدارة العاملة (administration active)، والإدارة القاضية contentieuseadministration حتى يتخصص في الإدارة رجال ينصرفون إلى نظر المنازعات الاءدارية هم قضاة الإدارة ومفتوها ،وبقيت الاءدارة تحتضن مجلس الدولة ، وتعتز به ، وتستعين بكفايات رجاله العالية في القضاء والفتوى والتشريم. بل لقد بلغ من اعتزاز الإدارة بمجلس الدولة أن كانت الحكومات التي ركزت السلطان في يديها (gouvernements d'autorité) في عهود الأميراطورية الأولى فالملكية التي أعقبها فالإمبراطوية الثانية ، ترى في مجلس الدولة تكثة تستند إليها في الانتقاص من سلطان البرلمان والخفض من شأنه. وكانت هذه الحكومات، وهي تجنح إلى أن تكون مستبدة عاداة، تستعين في أداء العدل بمجلس الدولة، يغنيها عن البرلمان، سواء في أمور التشريع وقد ملك زمامها وأصدح فيها صاحب الرائئ الأول ، أو في جمانة الحقوق والجريات العامة وقد عرف الشعب فيه الملاذ الذي بعود به، وبالحظ فقهاء القانون الإداري في فرنسا أن العهود الزاهرة لمجلس الدولة هي عهود هذه الحكومات، وأن المجلس كان يتقدم خطوة خطوة بفضل رعايتها فكلما قامت حكومة في فرنسا تريد أن تمسك زمام الأمور في يديها تلفتت إلى مجلس الدولة ، وافسحت له الطريق ، وزادت في سلطاته ، حتى يكون للشعب منه متنفس عند الضيق فلا يجنع إلى الثورة. فمجلس الدولة في فرنسا كان إذن ربيب السلطة التنفيذية ، نما وترعرع في أحضانها ، بل إن هذه السلطة أقامت منه منافساً قوماً لسلطان البرلمان.

اما مجلس الدولة في مصر فأمره يختلف عن ذلك بل هو العكس من ذلك. فقد نشأ في احضان البرلمان، ورات فيه السلطة التنفيذية منافساً لها، ولا أجد أبلغ في هذا الصدد مما يقوله الأستاذ الجليل عبد الحميد بدوى باشا في مقاله القيم المنشور في هذا العدد، وهو المقال الذي سبق التنويه به، فقد ذكر مشروعاً لانشاء مجلس الدولة تقدمت به لجنة القضايا

إلى مجلس الوزراء في عام ١٩٤١ وعلق على هذا الحادث بما يأتى: ولم يكد هذا المشروع ينشر في الصحف حتى ثارت عاصفة من النقد والاعتراض، وصف فيها مجلس الدولة بأنه دولة في دولة. وأنه سلطة رابعة إلى جانب السلطات (التشريعية والتنفيذية والقضائية)، بل سلطة فوق السلطات (superpouvoir) وأن السلطة التنفيذية ستصبح داخلة في وصايته، وأنه يما يملكه من إبطال القرارات الادارية سيخل بالمسئولية الوزارية أمام البرلمان، وأنه سيسلب مجلس الوزراء سلطته في التأويل التشريعي الذي تخوله إياها القوانين ، وحقه في فض المنازعات التي تقوم بين الوزارات، ويفسد أمور الموظفين واستقامة العمل في المصالح، بل إنه سيعتدى على اختصاص المحاكم، وأنه ستتركز فيه سلطات لم تمنح لأحد أو لهيئة من قبل، فإنشاؤه من أجل ذلك كله مخالف للدستور، ولا أدرى أهذه الخصومة املتها الأهواء الحزبية ممن يرى أن إنشاء مثل هذه الهيئة نوع من تسميم الأبار. أم أملاها خوف الجديد، أو الحرص على الاحتفاظ بالسلطة الادارية ومستلزماتها كاملة. على ان هذه الصيحات لم تكن لنحول دون المضى في إنفاذ المشروع لو لم نجد لها صدى بين الوزراء أنفسهم، فإن مجرد الشعور بأن عملا إدارياً ينسب إلى الوزير أو إلى رئيس مصلحة سيمكن أن يعرض للنقد والتجريح في المحاكم، وأن الحكم بمخالفته للقانون سيستتبع القضاء بتعويض تدفعه خزانة الحكومة ، بل قضاء بإبطال ما يمس كرامة الحكام وهيبة الادارة ، أثار نفور الكثير منهم من المشروع. لذلك رؤى من الخير التربص إلى فرصة أخرى تكون النفوس قد تهيأت فيها لقبول هذه البدعة. ولعلنا كنا ننتظر طويلا لو لم يقيض الله لمشروع سنة ١٩٤١ فاضلا من الفاضل النواب ممن صح إيمانهم بالمصلحة العامة ، ووهب الشجاعة والقدرة على الدفاع عن رايه، فتبناه وقدمه على أنه اقتراح من أحد أعضاء البرلمان حينذاك رأت الحكومة من الأولى أن يكون الأمر بيدها ، فقدمت مشروعاً يبدو أنه هو الذي جرت عليه المناقشة ، وانتهى الأمر بإقرارا قانون سنة . . 1927

إذن لم تكن السلطة التنفيذية في مصر مقبلة على إنشاء مجلس الدولة ، بل إن مشروع إنشائه اخذ يتعثر في خطاه ، وهو يتقدم من جهة إلى جهة ، حتى وصل إلى مجلس الوزراء فنام بين ملفاته نوما عميقاً . ولم يستيقظ إلا على صوت الحاضل من أفاضل النواب الخذه في يده، وتقدم به على انه أقتراح من أحد أعضاء البرلمان. فالسلطة التنفيذية كانت ترى في مجلس الدولة منافساً خطيراً يشاطرها سلطانها في الادارة، بل لعله يصبح وصياً عليها إذ هو يلغى قراراتها وإليه ترجع أمور الموظفين. أما البرلمان، وفاضل من أعضائه هو الذي تقدم إليه بالمشروع ، فقد رحب به ترحيباً كبيراً. ولم يسع السلطة التنفيذية إلا أن تجارى هذا الشعور النبيل، عورات من الأولى أن يكون الأمر بيدها ه، فقدمت مشروعا.

ولم تقتصر الحال على الادارة ونظرها على هذا النحو إلى مجلس الدولة وقد كان هذا متوقعاً، بل إن الأمر الذي لم يكن في البال، هو ان الجهة القضائية ـ بعد ان تقرر إلحاق المجلس بوزارة العدل ـ وجدت هي ايضاً في مجلس الدولة خديناً لا يستخف ظله، فلم تفتح ذراعيها لتضم صدرها هذا المولود الجديد، ولم تنظر إليه نظرة الشقيق للشقيق . وقد نشا مجلس الدولة في مصر يدور في نطاق القضاء العادي اما مجلس الدولة في فرنسا فقد نشأ مستقلا عن هذا القضاء ، يسير موازيا له دون ان يتقاطع معه ، فدار كل منهما في فلكه درن قطيعة أو جفاء .

وهكذا قدر لمجلس الدولة في مصر أن يعيش بين الادارة والقضاء. يتنقل بنظرة من هنا إلى هناك، عساه يلقى صدراً حنوناً بل عساه يجد حشر، محرد الانصاف

وليس للمجلس كما اسلفنا القول ما لمجلس الدولة في فرنسا من ماض عتيد يحميه من العدوان. ولاغني لمجلس الدولة في مصر عن عنصر الزمن، فهو انذي يرسى الأسس، ويقر الدعائم، ويوطد الأركان. فلابد إذن من وقت يمر، يحشد المجلس فيه قواه، ويجند رجاله ويعد عدته. وذلك للنضال عن حقه، الذي هو حق هذا الشعب النبيل في الدفاع عن حرياته العامة وعن حقوق افراده، والذي هو حق الادارة في ان تقوم نظمه ثابتة مستقرة ترتكز على ركنين من القانون والعدالة.

وإذا كان المجلس منذ ولادته هو صديق البرلمان، بل هو صنع يده، فمن حق المجلس أن يتوقع الخير الكثير على يد البرلمان، وستسفر الانتخابات المقبلة قربياً عن مجلس نواب جديد لا أشك في أنه سوف لايقل في الود لمجلس الدولة عن مجلس النواب القديم. ولكن على مجلس الدولة بالرغم من كل ذلك الا يالوا جهداً في أن يكون مفهومنا على حقيقته للادارة العاملة .

فما هي هذه الحقيقة التي ينبغي أن تكون مفهومة للادارة العاملة وللناس جميعاً، حكاما ومحكومين؟ إنها تقوم على أمرين جوهريين

(الأمر الأول) أن مجلس الدولة هو الغوث الذي يفزع إليه الأفراد والجماعات، متى ظن أحد منهم أنه مسلوب الحق. فإن من كان مظلوماً أن كان يعتقد أنه مظلوم، وكان خصمه قوياً كالادارة، لابد له من عباذ يلوذ به ويتقدم إليه بشكواه، ولا شيء أكرم للادارة ولا أحفظ لمكانتها من أن تنزل مع خصمها إلى ساحة القضاء، تنصفه أو تنتصف منه ذلك ادنى إلى الحق والعدل، وأبقى للهيبة والاحترام،

(والأمر الثاني) أن مجلس الدولة هو الجليف الطبيعي للادارة، وصديقها الأمين. يسمم لها، ويشير عليها، ويفتيها في النوازل. وهو الذي يرسم بقضائه الحدود فيما يعمل وفيما يترك، فينير لها السبيل، وبعبد امامها الطريق، وتستطيع الادارة أن تنتفع بمجلس الدولة إلى أبعد مدى في كل هذه الشؤون، فتستعين بخبرته الطويلة في شؤون الفتيا، وبتمرسه بفن الصياغة التشريعية في شؤون التشريع، وتسير على المياديء القانونية التي أقرها قضاؤه الأداري، فتنشرها بين الوزارات والمصالح، حتى توقي هذه الرحوع إلى الخطأ، وحتى بتبين لها الطريق السوى فلا تجافيه ولا تنحرف عن مسراه بل ما للادارة المصرية لاتجرى على سنن الادارة الفرنسية فتضع نظاما مستقرأ، نوه به الرئيس كاسان في تقديمه للعدد الأول من مجلة مجلس الدولة الفرنسي، للاستعارة من رجال مجلس الدولة وللانتفاع بالعناصر الصالحة فيه وعن هذا الطريق يتمرس رجال المجلس بالأعمال الإدارية ويفيدون خبرة، فيها، وتنضج تجاربهم، حتى إذا عادوا إلى المجلس كانوا أبصر بأمور الادارة، وأوفر إستعدادا لمعالجتها ، فيقوم التعاون بين الادارة والمجلس على أسس قوية من الفهم الصحيح والثقة المتبادلة.

اقول الثقة المتبادلة، لأن هذه الثقة هي أول شيء ينبغي أن يسود فيما يقوم من علاقات بين المجلس والادارة، وبغير هذه الثقة لا يستقيم أمر ولا تصلح حال. فتبقى أحكام المجلس معطلة عن التنفيذ ، وتبقى نظمه ناقصة . ولا تأمن الادارة من ناحيتها الزلل ، وتتعثر فى خطواتها ، وتنحرف فى تصرفاتها عن الطريق السوى .

إن المجلس في حاجة إلى معونة السلطة التنفيذية وإلى جميل ثقتها . فهو يبغى إصلاح نظمه القائمة حتى يتمكن من تادية رسالته على الوجه المرضى . وقد عددت كثيراً من وجوه الاصلاح في التقرير السنوى المنشور في مكان آخر من هذا العدد . فهل تراه مستطيعاً أن يستكمل الناقص من نظمه بدون تعاون وثيق يقوم بينه وبين السلطة التنفيذية ، ومن غير تجاوب قوى في الشعور بالثقة بينه وبين الادارة!

. . .

واحب في هذا المقام أن أقف قليلا عند إصلاح خطير أشرت إليه في التقرير السنوي وأعود إليه هنا. وقد سبق أن نوهت به عقب انقضاء فترة الانتقال وزوال المحاكم المختلطة. وفي هذا أيضاً ينبغي أن يقوم التعاون الوثيق بين السلطة التنفيذية والمجلس حتى يتحقق الاصلاح المرجو. فقد منع مجلس الدولة في مصر أن يكون صاحب الولاية العامة في جميع المنازعات الادارية قيام المحاكم المختلطة. وكانت هذه المحاكم هي صاحبة الولاية على الأجانب في قضاء التضمين. ولما أنشيء مجلس الدولة انفرد بقضاء الألجانب في قضاء التضمين، ولما أنشيء مجلس إذ لم يكن من المستطاع .. أن ينفرد بقضائي الالغاء والتضمين، والأن إلا ميكن من المستطاع .. أن ينفرد بقضائي الالغاء والتضمين، والأن الدولة ولايته العامة في المنازعات الادارية، وأن ينفرد بهذه الولاية فلا بشاركه فيها قضاء أخر. ولست أول من يقول بذلك. فقد سبقني إلى التنبؤ به فقيه من أكبر فقهاء القانون الاداري في فرنسا، الأستاذ فالين الاعامة في أن يتسم لختصاصه فتصبح ولايته عامة.

. .

إن الادارة ومجلس الدولة إذا تعاونا وسادت الثقة فيما بينهما صار كل منهما قوياً ومجلس الدولة في حاجة إلى القوة. والادارة القوية في حاجة إلى مجلس دولة قوى. ومصر في حاجة إلى الاثنين جميعاً. وبعد فمجلس الدولة في مصر أصبح حقيقة واقعة لايمكن الرجوع فيها، ولا يستطاع الانتقاص منها. وكل ركن قام لكفالة العدالة والحرية لا يستطيم أحد أن يهدمه.

قد يبطىء المجلس فى سيره، وقد يتعثر فى خطاه، وقد برجع خطوة إلى الوراء وهو يتابع التقدم إلى الأمام. ولكنه سيقوى، وسيصلب عوده، وسيواصل السير، وسيصل إلى الغاية.

القاهرة في أول بناير سنة ١٩٥٠.

مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية

بقلم عبد الرزاق أحمد السنهورى رئيس محلس الدولة

تمهيسد

تخدم هذه المجلة القانون العام. وهو قانون في مراحله ألأولى من التطور. ولم يخلص لرجال القانون في مصر الوعى به والتفرغ لتحصيله إلا منذ سنوات قليلة ، وبخاصة منذ إنشاء مجلس الدولة ، فإن هذا المجلس هو البيئة الطبيعية التي ينشأ فيها القانون العام وينمو ويترعرع.

وفيما تعنى به المجلة من مسائل القانون العام مسألة تعد من امهات المسائل فيه ، هى الدفاع عن مبدأ سيادة الدستور (coustetionalité) . فنشرت (coustetionalité) . فنشرت في عددها الأول بحثين قيمين للأستاذين الكبيرين السيد على بك وعبد السلام ذهنى بك في رقابة القضاء لدستورية القوانين . ولما كان مبدا هذه الرقابة قد اصبح مقرراً في قضاء مجلس الدولة في مصر ، فقد اخترت في هذا البحث أن اعرض لدستورية القوانين في ذاتها ، فأبين متى يكون القانون غير دستوري . واحسب أن هذا البحث يأتى هنا في ترتيبه العانون غير دستوري . واحسب أن هذا البحث يأتى هنا في ترتيبه متى تتبسط هذه الرقابة ببيان الأحوال المختلفة التي يكون فيها التشريع مخالفاً انصوص الدستور أو لمبائه .

وهذه البحوث تهدف جميعاً إلى غرض واحد، هو توثيق رقابة والقضاء على أعمال السلطات العامة، توطيداً لمبداى سيادة الدستور ِ

(م. ۲۶ مقالات د ، السنهوري جـ ۱)

وسيادة القانون، والحق أن الدمقراطيات التى لم ترسخ لها قدم فى الحكم الديمقراطي الصحيح هى فى أشد الحاجة إلى رقابة القضاء. ذلك أن كل ديمقراطية ناشئة لم تنضج فيها المبادىء الديمقراطية، ولم تستقر هذه المبادىء عندها فى ضمير الأمة، تكون السلطة التنفيذية هى أقوى السلطة القضائية وتنتقص من استقلالها. والدواء الناجع لهذه الحال هو المعل على تقوية السلطة القضائية. فهى أدنى السلطات الثلاث إلى الإصلاح، إذ القضاة نخبة من رجال الأمة، أشربت نفوسهم احترام القانون، وانغرس فى قلوبهم حب العدل، وهم بطبيعة وظيفتهم يؤمنون بمبدأ المشروعية. ولا يقدر لهذا المبدأ قيام واستقرار إذا لم يوجد إلى جانبه قضاء حر مستقل يحميه من الاعتداء، ويدفع عنه الطفيان (١).

واحب أن أنبه القارىء منذ البداية أننى لا أقوم هنا ببحث فلسفى، بل ولا ببحث يرمى إلى إصلاح فى النظام الدستورى القائم. ولكنى أقوم ببحث وأقعى عملى، هو تطبيق دقيق للنصوص الدستورية المعمول بها فعلا. ومن ثم أكثر من الاستناد إلى هذه النصوص، وأخذت نفسى

Const 2éme E'd III p p. 503. 553).

⁽١) وللأستاذ بيجيه (Dugur) في هذا الصدد قول ماثور ، فقد كتب في الجزء الثالث من ميسوطه في القياد الثالث من ميسوطه في القيادي الدين المستوري ما ياتي ، ويسود ميدا المشرور عية جميع نوامي القانون الحديث . ، وكان حتى يتاح كل أندار ، يجيه التسليم بعبدا أنا يكماء ، وهو ضروري مثله ، إذ ال الاحلال يه يصين بهبدا المشروعية في العدم ، ففي كل البلاد المنتخضرة التي تعيش في طل النوني يجب أن تقوم جهات قضائية نات نظام متين ، تتكف من رجال نوى كفاية ، يكوبون مستقلين كل الاستقلال عن السلطة فسيلسية ويجب الاعتراف بأن الأحكام المن تصدر من هذه الجهات هي الحكام ولجمة الاعترام من المداكم والمحكرة على السلطة المحكم المحكم على السواء وعلى جيمع فهيئات العامة إلى كانت ، من البرامان إلى السفر مجلس ، وهن رئيس الدونة في اصغر الموظفين شاخه ، أن يسلموا بوجوب العترامها ه

⁻Le principo de légalité domino tout le droit moderne Mais pour que le prineipe do légalité puisse produiro tous ess effest, il faut admettro um socond prineipo qui lo compléte ot qui indisppensablé parce que, s'il n'est pas resporté, lo prineipe de légalite est réduit à néant.

tout pays civilsé sous is régime (* drost il faut qu'il y ait des juridictions fortoment orgat somposés s'hommes compétents et absolumment indépendants dit pouvour politi que. Il faut que les décissons prives par ces juditions rocon nues comme s'imposant également au respoet des gouvenatms es des gouvenatés: il faut que tous les organes publiésquels qu'ils soient, depuis le patte PEtat jusequ'au plus humble des davant vies; (Dugnit, Dr.

بتفسيرها تفسيراً أميناً. ولم يثننى عن ذلك أن يجىء البحث ممعناً فى الواقعية، لا أثر فيه للخيال، فأنا جد عليم بنقة الموضوع الذى أطرقه، وأن الواقعية فيه هى خير عاصم من الزلل.

والخطة التى اسير عليها فى البحث، حتى يكون بحثاً واقعياً، هى ان أجرى فى شأن التشريع (ان) على النهج الدى جرى عليه الفقهاء فى شأن القرار الإدارى (acte administratif)، فأجعل التشريع والقرار الإدارى شيئين متماثلين من حيث مخالفة الأول للدستور ومخالفة الثانى للقانون. والم فى هذه الكلمة التمهيدية إلماماً سريعاً بوجوه الطعن فى القرار الإدارى، محتى احتذى الخطة عينها فى بيان وجوه الطعن فى التشريع.

بدأ قضاء الإلغاء في فرنسا بوجه واحد، هو الطعن في القرار الإداري بعدم اختصاص الموظف الذي أصدره. قرر هذا الوجه تشريع من تشريعات الثورة هو قانون ٧ ـ ١٤ اكتوبر سنة ١٩٧٠. وما لبث الوجه الأورة المعن في الشريعات الثورة هو قانون ٧ ـ ١٤ اكتوبر سنة ١٩٧٠. وما لبث الوجه الأوراد لعيب في الشكل، والطعن فيه لإنصراف في استعمال القرار لعيب في الشكل، والطعن فيه لإنصراف في استعمال السلطة، (defournement de pouvoir) أن إذا شاب القرار عيب في الشكل، فإن الموظف الذي اصدره يكون بمثابة أنه إذا صاحله بالشكل الواجب قانوناً. كذلك إذا انحرف الموظف في إصدار قرار إلا إذا حاحله بالشكل الواجب قانوناً. كذلك إذا انحرف الموظف في إصدار قرار عن الفاية التي رسمها القانون، اصبح غير مختص، ومن ثم كان المعيب في الشكل والانحراف في استعمال السلطة ملحقين بعيب عدم الاختصاص ومكملين له كما اسلفنا القول. وهذه هي الوجره الثلاثة الأولى في قضاء الإلغاء.

ومنذ صدر دكر يتو ٢ نوفمبر سنة ١٨٦٤ يعفى قضاء الإلغاء من وساطة المحامى ، مال مجلس الدولة فى فرنسا إلى التوسع فى هذا القضاء حتى ينتفع اكبر عدد من المتقاضين بهذه المزية، فأدخل وجها رابعاً للطعن فى القرار الإدارى ، هر خرق القانون والحقوق المكتسبة (violation) وقد كان هذا الوجه من قبل داخلا فى القضاء

⁽١) أنظر في تسمية هذا الوجه بالانحراف في استعمال السلطة بدلا من «التصسف في استعمال السلطة» رسالة الدكتور سليمان الطماوي في التعسف في استعمال السلطة.

الكامل (be contenticux de la pleine juridietion) ، يحكم فيه بالتعويض لا بإلغاء القرار المطعون فيه ، فانتقل إلى قضاء الإلغاء لينتفع بالمزية التي تقدم نكرها ، وكان يشترط لتحققه في أول الأمر الا يقتصر القرار المطعون فيه على مخالفة نص في القانون ، بل يجب ايضاً أن يمس حقاً مكتسباً . ومن ثم لم يكن يكفي فيمن يتمسك بهذا الوجه أن يكون له مجرد مصلحة في طلب الاعلفاء ، بل يجب أن يكون له حق قائم قد مسه القرار المطعون فيه ثم تطور هذا الوجه ليصبح كالوجوه الثلاثة الأولى ، يكفي فيه التمسك ثم تطور هذا الوجه ليصبح كالوجوه الثلاثة الأولى ، يكفي فيه التمسك صريح خالفه القرار الاءداري المطعون فيه ، بل يكفي أن يكون هذا القرار قد خالفه القانون بوجه عام ، كما إذا عارض حكما حاز قوة الشيء قد خالفه القانون بوجه عام ، كما إذا عارض حكما حاز قوة الشيء على أن يسمى هذا الوجه الرابع بمخالفة القانون (violation de la loi) ، أي مخالفة القانونية مع النسمية المساس بالحق .

وجد أخيرا وجه خامس للطعن في القرار الاءداري أمام قضاء الاطفاء ، هو انعدام الأسباب التي بني عليها القرار'inexistence des) motifs) . وانعدام الأسباب يرد على ثلاث. فهو في صورة أولى يكون انعداما واقعياً (inexistence de fait) للأسباب، بأن تذكر للقرار أسباب غير صحيحة، مثل ذلك أن يفصل موظف بناء على طلبه ثم يتبين أنه لم يقدم طلباً بذلك ، أو أن يتخطى موظف في الترقية بسبب توقيم عقوبة تأديبية عليه ثم يتبين أنه لم يوقع عليه أية عقوبة. وهو في صورة ثانية يكون انعداما قانونياً (inexistence de droit) للأسباب، بأن تكيف الأسباب تكييفاً قانونيا خاطئاً، مثل ذلك إن ترفض الإدارة الترخيص في البناء بدعوى أن الموقع يجاور اثراً من الأثار التاريخية ثم يتبين أن تكبيف الموقع المجاور بأنه أثر تاريخي غير صحيح قانوناً. وهو في صورة ثالثة يكون انعداماً واقعياً لأسباب يشترطها القانون لصحة القرار الاءداري، مثل ذلك أن يرقى موظف على أساس أنه أمضى المدة اللازمة للترقية ثم يتبين أنه لم يمض هذه المدة. ونرى أن هذا الوجه الخامس ليس وجها مستقلا للطعن إلا في أحد نواحيه فانعدام الأسباب، إذا كان انعداماً قانونياً أو واقعياً لأسباب يشترط توافرها لصحة القرار الاءداري، يختلط بوجه ر الطعن بمخالفة القانون. اما إذا كان انعداماً واقعياً محضا، فإن كان معلوماً من الموظف الذي اصدر القرار، اختلط بوجهاً لطعن بالانحراف في استعمال السلطة. ولا يكون انعدام الاسباب وجهاً مستقلا إلا إذا كان انعداماً واقعياً يجهله الموظف الذي اصدر القرار، فعندند يكون هناك خطأ في الواقع (crreur de fait) يعيب القرار الاعداري ويجعله قراراً باطلا. وقد جرى قضاء مجلس الدولة في مصر على اعتبار انعدام الأسباب يندرج في الطعن بمخالفة القانون من حيث قصور التسبيب الذي قام عليه الحكم، إذيكون الحكم في هذه الحالة قد انبني على اسباب لا تستند إلى أصول ثابتة في للأوراق ولا يستساغ استخلاصهاالوقائع الثابتة في الدعوى،

ويمكن إرجاع وجوه الطعن الخمسة المتقدم نكرها إلى اركان القرار الادارى الخمسة. ذلك ان كل قرار إدارى يقوم على خمسة أركان: فهو قرار يصدره موظف مختص بإصداره، في الشكل الذي يوجبه القانون، لانشاء مركز قانوني، صادراً عن أسباب معينة، ومستهدفاً لفاية تتفق مع المصلحة العامة. فالاختصاص والشكل والمحل والسبب والغاية، هذه هي أركان القرار الادارى. ولكل ركن منها عيب يتصل به، ويقوم عليه وجه من وجوه الطعن في قضاء الالغاء. فركن الاختصاص يقابله وجه الطعن بعدم الاختصاص. وركن الشكل يقابله وجه الطعن بعدم الاختصاص. وركن الشكل يقابله وجه الطعن بالانحراف في الطعن بانعدام الأسباب. وركن الغاية يقابله وجه الطعن بالانحراف في استعمال السلطة.

هذه المامة عجلى بوجوه الطعن بالالغاء ، اى باسباب بطلان القرار (causes السباب شكلية (causes وهي انعدام الاختصاص والعيب في الشكل، واسباب مادية formelles) وهي مخالفة القانون وانعدام الأسباب والانحراف في استعمال السلطة . ونحن نؤثر أن نرد أربعة من هذه الأسباب انعدام الاختصاص والعيب في الشكل ومخالفة القانون وانعدام الأسباب الياد الاختصاص والعيب في الشكل ومخالفة القانون وانعدام الأسباب إلى الملطة . فيكون القرار الاداري باطلا إما لأنه خالف القانون في نصوصه واحكامه (المتعلقة بالاختصاص أو بالشكل أو بالمحل أو بالسبب) ، أو واحكامه (المتعلقة بالاختصاص أو بالشكل أو بالمحل أو بالسبب) ، أو لأنه خالفه في روحه وفحواه . ذلك أن الانحراف في استعمال السلطة عيب

يتميز بطبيعته عن غيره من العيوب. فالقرار الادارى المشوب بعيب الانحراف وحده يكون ظاهر الصحة باطن البطلان، أما القرار المشوب بعيب آخر فهو قرار باطل باطناً وظاهراً. وعيب الانحراف له من الخصائص ما يبرر تمييزه. فهو عيب باطن غير ظاهر كما قدمنا، ومن ثم فهو عيب خفى. وهو لايقوم إلا حيث يكون للادارة سلطة تقديرية (pouvoir discrétion) ومن ثم يتميز عن العيوب التي تلازم السلطة المحددة (pouvoir lié). وهو عيب احتياطي (snbsidiaire) لا يبحث إلا عند انعدام العيوب الأخرى.

فإذا خلص لنا مما تقدم أن للقرار الادارى اركاناً خمسة، وأن بطلان القرار الادارى يرجع إلى سببين رئيسيين هما مخالفة القانون والانحراف في استعمال السلطة الادارية، وأردنا أن نجرى في شأن التشريع على هذا النهج كما سلف القول فنجعل التشريع والقرار الادارى شيئين متماثلين، أمكن أن يكون للتشريع هو أيضاً أركان خمسة، وأن يرد البطلان فيه إلى سببين رئيسيين. فالأركان هي الاختصاص والشكل والمحل والسبب الفاية، غير أننا ندمج هنا السبب في الفاية، لأن أسباب التشريع، وتوجد عادة في منكرته الإيضاحية أو في ديباجته أو في الأعمال التضيرية بوجه عام، تكشف عن الفاية منه أو تعين على ذلك. والسببان الرئيسيان لبطلان التشريع هما مضالفة الدستور، والانحراف في استعمال الشرعة.

فنستعرض في قسم اول من هذا البحث مخالفة التشريع للدستور. وهذا ما يقابل مخالفة القرار الإداري للقانون، ويتعلق سبب البطلان فيه بركن من اركان الاختصاص والشكل والمحل.

وبستعرض في قسم ثان الانحراف في استعمال السلطة الإدارية، ويتعلىق سبب البطللان فيله بركلين الغالية. ولما كان البحث لا يزال بكرًا، فقد أثرنا أن يكون بحثاً تحليلياً، نكثر فيه من التطبيقات، مستعرضين نصوص المستور في كثير من المواطن. فإذا ما مهدت شعاب البحث، وجمعت اطرافه، ووطنت اكنافه، كان للباحثين بعد ذلك أن يعدوا إلى التركيب (synthèse)، فيستخلصوا من تطبيقاته الكثيرة مبادئ، يمكن الوقوف عندها.

القسم الأول

مخالفة التشريع للدستور

(الاختصاص والشكل والمحل)

الاختصاص والشكل ركنان شكليان في التشريع، ومن اليسير أن نكشف العيب الذي يلحق ايا منهما. ومهما يكن من أمر الخلاف في شأن رقابة القضاء لدستورية القوانين، فمن الواضح أن تشريعاً يصدر من جهة غير مختصة أو دون مراعاة الأوضاع الدستورية لا يستطيع القضاء أن يصبر عليه، ولا يستسيغ لنفسه أن يطبقه فيما يعرض له من الأقضية.

أما المحل فهو ركن موضوعي في التشريع . ولكنه يتفق مع ركني الاختصاص والشكل في أن كلا من هذه الأركان الثلاثة لا يجعل الدستور فيه للمشرع إلا سلطة محددة (pouvoir lié) ، إذا جووزت كان من السهل تبين هذه المجاوزة والتعقيب عليها .

ونستعرض الآن هذه الأركان الثلاثة.

(1)

الاختصاص

صاحب الاختصاص في التشريع هو الملك والبرلمان. وتقول المادة ٢٧ من الدستور في هذا الصدد. «السلطة التشريعية يتولاها الملك بالاشتراك مع مجلسي الشيوخ والنواب». ثم تقول المادة ٢٠ ١ ؛ ١ لا يصدر قانون إلا إذا قرره البرلمان وصدق عليه الملك ، والقانون هو قاعدة عامة مجردة، وسنعود إلى هذه المسالة في شيء من التقصيل. أما الأن فيعنينا أن نقرر أن البرلمان إذا قرر قانوناً بالمعنى المتقدم، وصدق الملك على القانون، فهذا القانون تشريع من الناحيتين الشكلية والموضوعية. هو تشريع من الناحية الموضوعية لأنه صدر من صاحب الاختصاص في التشريع .

وقد يصدر التشريم، أي الحكم العام المجرد، من غير السلطة التشريعية في الحدود التي يرسمها الدستور . وقد نص الدستور في مواضع أربعة على منح السلطة التنفيذية اختصاصاً في تقرير تشريعات أصلية وفرعية. فنصت المادة ٤١ من البستور على أن تمنح السلطة التنفيذية اختصاصاً في تقرير تشريعات للضرورة ، تسمى مراسيم بقوانين (décrets-lois)، أو لوائح تشريعية أ ونصت المادتان ٤٥ و ١٥٥ من الدستور على جواز إعلان الأحكام العرفية على الوجه المبين في قانون خاص بهذه الأحكام، ويمنح هذا القانون السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية ، وهي جزء من السلطة التنفيذية ، حق إصدار أوامر عرفية لها قوة القانون. وقضت المادة ٤٤ من الدستور بمنح السلطة التنفيذية اختصاصاً في إصدار لوائح مستقلة (autonomes) لترتيب المصالح العامة. وقضت المادة ٣٧ من الدستور باختصاص السلطة التنفيذية في وضع اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين، وتسمى هذه اللوائح باللوائح التنفيذية (réglements en exécution) . ونضيف إلى هذه الحالات الأربع ، التي منح فيها الدستور السلطة التنفيذية حق إصدار تشريعات، حالة خامسة قضي فيها العرف الدستوري بأن بكون للسلطة التنفيذية اختصاص في تقرير لواثع البوليس، وهي لوائح مستقلة كلوائح المصالح العامة. وفي جميم هذه الحالات الخمس نرى تشريعاً ، أي حكماً عاماً مجرداً ، يصدر من السلطة التنفيذية . فهو تشريع من الناحية الموضوعية لأنه حكم عام مجرد ، وهو. قرار إداري من الناحية الشكلية لأنه يصدر من السلطة التنفيذية.

وقد يعكس الدستور الوضع، فيجعل للسلطة التشريعية اختصاصاً في إصدار قرارات إدارية فردية. من ذلك ما نصت عليه المادة ١٣٧ من الدستور من أن عقد القروض العمومية ومنح الالتزام والاحتكار لايكون إلا بقانون، وما نصت عليه المادة ١٣٨ من أن ميزانية الدولة يجب تقديمها إلى البرلمان لفحصها واعتمادها. والنصوص التي تجعل للسلطة التشريعية اختصاصاً في إصدار قرارات إدارية فردية ترد في الدستور على سبيل الحصر، وسنعود إليها في مكان آخر. وهذه القرارات الادارية التي تصدر من السلطة التشريعية هي كما قدمنا قرارات فردية ونيست إجكاماً عامة مجردة. فهى قرارات إدارية من الناحية الموضوعية لأنها فردية، وهى قوانين من الناحية الشكلية لأنها تصدر من السلطة التشريعية(١).

نسوق كل هذا لنستخلص منه بعض الحالات التي يجوز أن يكون فيها التشريع معيباً من ناحية الاختصاص، ونورد الآن أمثلة على ذلك، بعضها وتشريعات تصدر من غير السلطة التشريعية في غير ما نص عليه الدستور، وبعضها قرارات إدارية تصدر من السلطة التشريعية في غير ما جعله الدستور على سبيل الحصر من اختصاص هذه السلطة.

تشرعات الضرورة:

تنص المادة ٤١ من الدستور على أنه «إذا حدث فيما بين أدوار انعقاد البرلمان ما يوجب الاسراع إلى إتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، فللملك أن يصدر في شأنها مراسيم تكون لها قوة القانون بشرط الا تكون مخالفة للدستور . وتجب دعوة البرلمان إلى إجتماع غير عادى وعرض هذه المراسيم عليه في اول اجتماع له ، فإذا لم تعرض أو لم يقرها أحد المجلسين زال ما كلن لها من قوة القانون ٤. ولا نعرض هنا لتشريعات الضرورة إلا بمقدار اتصالها بمسألة الاختصاص التي نعالجها في هذا المقال. ونالحظ بادىء الأمر أن المرسوم بقانون الذي يصدر بالتطبيق للمادة ٤١ من الدستور ، وإن كان يعتبر تشريعاً في موضوعه لأن بشتمل على قواعد عامة مجردة ، إلا أنه كما قدمنا يعتبر قراراً إدارياً . في شكله لأنه يصدر من السلطة التنفيذية. فإذا كان باطلاً، كان لمحكمة القضاء الإدارى في مجلس الدولة أن تقضى بالغائه بإعتباره قراراً إدارياً إذ العدرة في أختصاص هذه المحكمة بالمعيار الشكلي لا بالمعيار الموضوعي ، ذلك أن رقابتها تنبسط لا على القرارات الإدارية الفردية فحسب ، بل على السلطة التنفيذية ذاتها بجميم ما يصدر عنها من أعمال ، سواء كانت هذه الأعمال إدارية أو تشريعية. فتقضى المحكمة في هذه الأعمال بالالغاء ولو كانت

⁽١) وقد صدر حكم من محكمة القضاء الاباري بيسط هذه القواعد في وضوح ، ويقرر أن الأصل في السلطة التشريعية أن تقوم بإعمال التشريع ، أي بوضع قواعد علمة مجردة ، والفروج على هذا الأصل يقتضي نصاً مدريحاً في الدستور ، والأصل في السلطة التشيئية أن تقوم باعمال التشيئة . وهي أحسال تقوم على حالات فرمية ذائلية ولاشان لها بالقواعد العامة المجردة ، والخروج على هذا الأصل يقتضى أيضاً تصاً صديعاً في الدستور (محكدة القضاء الاداري في ١٨ الربيل سنة ١٩٠٠ مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري السنة الرابعة رقم ١٨١ ص ١٧٧).

تشريعات بحسب موضوعها . وعلى العكس من ذلك إذا صدرت من السلطة التشريعية اعمال إدارية باطلة ، فإن مهكمة القضاء الادارى لا تقضى بالغائها ، بل تمتنع عن تطبيقها كما تفعل فى القوانين غير الدستورية .

ونعالج الآن تشريعات الضرورة من ناحية الاختصاص. فالأصل ان الستور جعل للسلطة التنفيذية اختصاصاً في إصدار تشريعات عند الضرورة، ورسم لهذا الاختصاص الاستئنائي حدوداً ضيقة. فإذا صدر تشريع من السلطة التنفيذية مجاوزاً لهذه الحدود، كان التشريع باطلا لصدروه من جهة غير مختصة. وقد راينا أن العادة ٤١ من الدستور تشرط، لكي تكون السلطة التنفيذية مختصة بإصدار تشريعات الضرورة أو اللوائح التشريعية كما يدعوها بعض الفقهاء في مصر، أن تلتزم هذه السلطة جدوداً في الزمن وحدوداً في الموضوع:

١ - فحدود الزمن هي أن يصدر التشريع فيما بين أدوار انعقاد البرلمان، أي في وقت العطلة البرلمانية. أما إذا كان البرلمان منعقداً فإنه لا يجوز للسلطة التنفيذية أن تستقل بإصدار تشريع قبل عرضه على البرلمان، وإلا كان التشريع باطلا لصدوره من جهة غير مختصة. ولا يعرف الدستور المصدى ما يسعى في فرنسا باللوائح التفويضية، إذ يجيز الدستور الفرنسي للسلطة التشريعية أن تقوض السلطة التنفيذية في إصدار مراسيم لها قوة القانون ولو وقت انعقاد البرلمان على أن تعرض على الدرلمان مدورها.

فإذا كان البرلمان غير منعقد ، جاز للسلطة التنفيذية فيما بين ادوار الانعقاد في الفصل التشريعي الواحد ، بصريح النص ، أن تصدر تشريع الضرورة . بقي أن يكون البرلمان غير منعقد إما لأنه مؤجل مدة الشهر التي نص عليها الدستور في المادة ٣٩ وإما لأن مجلس النواب قد حل وفقاً للمادة ٣٨ من الدستور . فقي هاتين الحالتين لا نكون فيما بين ادوار الانعقاد بالمعنى الحرفي لهذه العبارة ، بل نكون في دور انعقاد واحد في حالة التاجيل أو بين فصاحر عفر في حالة الحل .

فهل یجوز قیاس هاتین الحالتین علی حالة صدور تشریع الضرورة فی الفترة ما بین دوری انعقاد فی فصل تشریعی واحد ؟ نقتصر هنا علی الاشارة إلی ان الفقه فی مصر لایری القیاس لأسباب ثلاثة . اولها أن نصر المادة ٤١ من الدستور نص استثنائي فلا يصح التوسع فيه، ويجب قصره في حدود الزمن على ما بين ادوار الانعقاد كما يقضى صريح النص. والسبب الثاني أن النص الفرنسي للمادة ٤١ من الدستور المصري يوجب دعة البرلمان فوراً mmédiatement إلى الانعقاد في دور غير عادى، وهذا لا يتهياً في حالة التأجيل لأن البرلمان إذا دعى في فترة التأجيل دعى إلى دور عادى، ولا إلى دور عادى، ولا إلى دور الله عن حالة الحل لأن مجلس النواب يكون في هذه الحالة غير موجود فلا تتسنى دعوة البرلمان فوراً لا إلى دور عادى ولا إلى دور غير عادى. والسبب الثالث أن الدستور إذا كان قد اطمأن إلى السلطة غير عادى. والسبب الثالث أن الدستور إذا كان قد اطمأن إلى السلطة التشريعية وستعرض عليها هذه التشريعات فوراً في دور غير عادى. أما في حالتي التأجيل والحل فالسلطة التشريعية ، وما يجوز في حالة الخلاف مع السلطة التشريعية ، وما يجوز في حالة الوفاق لايجوز في حالة الخلاف .

ولكن العمل جرى على جواز صدور مراسيم بقوانين فى أثناء حل مجلس النواب وفى أثناء تأجيل البرلمان. وقع ذلك فى الفترة ما بين فبراير وأبريل سنة ١٩٣٨ وفى الفترة ما بين نوفير سنة ١٩٤٤ ويناير سنة ١٩٤٠ وفى الفترة ما بين نوفير سنة ١٩٤٠ ويناير سنة ١٩٥٠ فكان مجلس النواب فى اثناء هذه الفترات محلولا، ووقع ذلك ايضاً فى فترة تأجيل البرلمان فى شهر مارس سنة ١٩٥٣ وفى فترة حله بعد ذلك.

إحراءات غير يستورية اقتضتها الضرورة، أن يصدر بعد إنتهاء حالة الضرورة هذه ما يسمى بقانون التضمينات (bill of indemnity) ليبرىء السلطة التنفيذية من المسئولية عما اتخذته من إجراءات غير يستورية. وحدث في فرنسا أن أصدرت الحكومة في غيبة البرلمان مراسيم تشريعية اقتضتها الضرورة، فأصدر البرلمان بعد ذلك سلسلة من القوانين في ٣٠ مارس سنة ١٩١٥ وفي ٣ من اغسطس سنة ١٩١٥ نص فيها على ان هذه المراسيع التشريعية التي صدرت في حالة الضرورة يقرها البرلمان بتشريع ليصبح لها قوة القانون من تاريخ صدورها، فيجاز مرسوم الضرورة بقانون من قوانين الاجارة أو الاقرار loi de rectification ou de الضرورة بقانون من قوانين الاجارة (confiremation) . ومن ذلك يظهر الفرق واضحاً بين مرسوم تشريعي يصدر وفقاً للمادة ٤١ من الدستور ومرسوم تشريعي يصدر وفقاً لأحكام الضرورة . قان المرسوم إذا لم يقره أحد المجاسين سقط في الحالة الثانية بأثر رجعي، وبقيت أثاره في الحالة الأولى فلا يسقط إلا من وقت عدم الاقرار . على أن هناك من يذهب إلى أن مرسوم الضرورة تشريع كامل يبقى قائماً إلى أن ينسخ بتشريع آخر، فلا نسفط بأثر رجمي، ويجب لنسخه موافقة كل من المجلسين إذا كان البرلمان منعقدا ، وبهذا الرأى أفتى أحد المستشارين الملكينين في عهد سابق. ويتبين من ذلك أن أمر الضرورة في أحكامها العامة غير منضبط، فمرسوم الضرورة، في رأى، ينزل في القوة عن مرسوم تشريعي صدر وفقاً للمادة ٤١ ويعلو على هذا المرسوم التشريعي في راي آخر . فإذا أضفنا إلى ذلك أن المادة ١ ٤ ليست في حقيقة امرها إلا التطبيق التشريعي لنظرية الضرورة في حالة معينة ، تبين أن الراي القائل بتطبيق المادة ٤١ كلما اقتضت الضرورة السلطة التنفيذية إصدار مرسوم تشريعي في حالتي التأجيل والحل إنما هو رأى يواجه بعض الحاجات العملية. ومهما يكن من أمر فإن هناك فترة، لم تتجقق حتى اليوم في تاريخ الدستور المصرى، هي الفترة ما بين فصلين تشريعيين عن تحديد مجلس النواب تجديدا عادياً في غير حالة الحل. فقد نصبت المادة ١١٤ من الدستور على أن وتجرى الانتخابات العامة لتجديد مجلس النواب في خلال الستين يوماً السابقة لانتهاء مدة نيابته ٤٠. ومقتضى هذا النص أن مجلس النواب الجديد يوجد عقب إنتهاء مجلس النواب القديم. ومن الطبيعي، حتى إذا تمت الانتخابات في أثناء العطلة البرلمانية ، أن الحكومة تدعو البرلمان إلى الانعقاد حتى يتمكن المجلس الجديد من تنظيم أعماله الداخلية في حالة تجديد المجلس الجديد . فإذا عادياً ، كما تطلب في حالة الحل ، تحديد لاجتماع المجلس الجديد . فإذا لم تدع الحكومة البرلمان إلى الانعقاد قبل يوم السبت الثالث من شهر عنوفمبر ، اجتمع البرلمان بحكم القانون في اليوم المذكور . وتفصل في كل حال فترة من الزمن بين قيام المجلس الجديد وانعقاد البرلمان ، حتى ولو دعى البرلمان للانعقاد قبل ذلك . فإذا اقتضت الضرورة إصدار تشريع مستعجل في هذه الفترة ، إيجوز للحكومة الالتجاء إلى المادة ١ ٤ لاصدار تشريعيين لا فترة ما بين دورى انعقاد يبدو أن الحرج من الالتجاء إلى المادة ١ ٤ في هذه الحالة القل منه في حالة الحل ، إذ لايوجد هنا خلاف المدرم بن السلطتين التشريعية والتنفيذية وفي استطاعة الحكومة أن تدعو البرلمان إلى اجتماع غير عادى لتعرض عليه المرسوم التشريعي الذي إضطرت إلى إصداره .

ويبهى، قبل أن نترك حدود الزمن، أن نلاحظ ما وقع فى تاريخ مصر الدستورى من وقف العمل بالدستور أو استبدال دستور آخر به . فقد نص، فى فترة وقف الدستور أخر ، على أن تتولى فى فترة وقف الدستور أخر ، على أن تتولى السلطة التنفيذية التشريع عن طريق إصدار مراسيم لها قوة القانون ، فهذه المراسيم تعتبر تشريعات كاملة لا تلفى إلا بتشريعات أخرى يوافق عليها المجلسان معا إذا عادا إلى الوجود ، ذلك أنها لم تصدر تطبيقاً للمادة ٤١ ، بل صدرت تطبيقاً لأمر ملكى يقضى بأن تتولى السلطة التنفيذية التشريع مدر على هذا الوجه يعتبر فى قوة التشريع الذى صدر من البرلمان ، إذ هو .. كما قالت محكمة النقض - «تشريع صادر من سلطة مختصة لايمكن إلغاؤه إلا بتشريع آخر من السلطة ذاتها أو معن يحل مطها ه .

۲ - وحدود الموضوع هي أن يكون التشريع من التدابير التي لا تحتمل التأخير. وهذا هو مظهر الضرورة، وتقديرها متروك للسلطة التنفيذية، فتستطيع هذه السلطة أن تشرع في حدود الضرورة وبقدرها، ولها، في هذه الحدود، أن تنسخ تشريعاً أقره البرلمان. ولكن ليس لها أن تخالف الدستور. وقد ورد نص المادة ٤١ صريحاً في اشتراط عدم

مخالفة الدستور، وهو شرط بديهى، فإن التشريع الذي يقرره البرلمان لايجوز أن يخالف الدستور، فأولى بالتشريع الذي تصدره السلطة التنفيذية إلا يكون مخالفاً له. على أن تصريح المادة ١٠ بهذا الشرط مفيد من ناحيتين. فهو، من ناحية، ينبه إلى أمر خطير قد تغفله السلطة التنفيذية وهى تحت ضغط الحاجة إلى إتخاذ تدابير استثنائية. وهو، من ناحية أخرى، يفسح مجالا للقول بتحريم المرسوم التشريعي في المسائل التي ينص الدستور صراحة على أن يكون تنظيمها بقانون، فلا يجوز تنظيمها عن طريق مراسيم الضرورة، وذلك مثل تنظيم الحريات والحقوق العامة ومثل تعديل قانون الأحكام العرفية، وسنعود إلى هذه المسائلة في

فإذا التزمت السلطة التنفيذية حدود الزمن وحدود الموضوع التي تقدم
ذكرها ، كانت مختصة بإصدار تشريعات الضرورة على الوجه الذي بيناه .
وهذه التشريعات تكون لها منذ صدورها قوة القانون . ولكن يجب على
السلطة التنفيذية أن تدعو البرلمان إلى إجتماع غير عادى ، وأن تعرضها
عليه في أول اجتماع له ، وألا يرفضها أي من المجلسين(١) . فإذا توافرت
هذه الشروط الثلاثة ، بقى لتشريع الضرورة قوته القانونية بوجه نهائي ،
ولا يجوز إلغاؤه إلا بقانون يقرره البرلمان أو بمرسوم له قوة القانون
طبقاً للمادة ١ ٤ . ولكنه يبقى من الناحية الشكلية مرسوماً بقانون ، أي
قراراً إداريا ، ولا ينقلب إلى قانون . أما إذا أختل أحد هذه الشروط، بأن
لم يدع البرلمان إلى إجتماع غير عادى ، أو دعى ولكن لم يعرض عليه
التشريع في أول اجتماع ، أو عرض التشريع ولكن رفضه أحد المجلسين ،
لا قوته القانونية فيما قبل ذلك . فلا يكون لزوال القوة القانونية عنه إذن
أثر رجمى .

والذي يعنينا هنا، بعد أن بينا الحدود التي تكون فيها السلطة التنفيذية مختصة بإصدار تشريعات الضرورة ومدى ما لهذه التشريعات من قوة قانونية، أن نعرض لأوجه الطعن التي يمكن التمسك بها عند مخالفة هذه الحدود والضوابط، فعندنا أنه يجب التمييز بين حالات ثلاث:

⁽١) ولَن كان البرامان مجتمعاً من قبل في دور غير عادي وجب عرض التشريعات عليه.

(الحالة الأول) إذا جاوز تشريع الضرورة حدود الزمن، بأن صدر والبرلمان منعقدا مثلا، فالطعن فيه يكون عن طريق أنه صدر من حهة غير مختصة كما سبق القول. (والحالة الثانية) إذا جاوز تشريع الضرورة حدود الموضوع، فإن جاوزها من ناحية أن الضرورة غير قائمة، فالطعن فيه يكون عن طريق الانجراف في استعمال السلطة لأن الضرورة أمر يدخل مرسوم نقانون، يعتبر قراراً إدارياً من الناحية الشكلية، فبطلانه لانعدام الضرورة يكون لانحراف في استعمال السلطة الادارية، ويلغى المرسوم بقانون إذا طعن فيه بطريق مباشر، شأنه في ذلك شأن أي قرار إداري بالله وإن جاوز تشريع الضرورة حدود الموضوع من ناحية أنه مخالف للدستور، فالطمة نقديرية. (الحالة الثالثة) إذا جاوز تشريع الضرورة مدي قوته القانونية، بأن تخلف شرط من الشروط الثلاثة التي تقدم ذكرها فزالت عنه هذه القوة، فيكون التشريع غير موجود، والطعن فيه إذا هو طبق بعد ذلك يكون عن طريق مخالفة الدستور، والطعن فيه إذا هو

هذه هي الرقابة القضائية التي تبسط على تشريعات الضرورة. ويحسن أن نشير إلى الفرق بين هذه الرقابة والرقابة البرلمانية. فالبرلمان من شأنه أن يقدر، عند عرض التشريع عليه، ما إذا كان من المناسب أن يوافق على أحكامه، فتبقى للنشريع قوته القانونية، أو الا يوافق عليها، فتزول هذه القوة من غير أثر رجعى، أما القضاء فعليه أن يراقب توافر الشروط التي تقدم ذكرها من حدود في الزمن وحدود في الموضوع، فإن اختل شرط منها الفي التشريع باعتباره مرسوماً باطلا منذ البداية، أي باثر رجعى، ثم عليه أيضاً أن يراقب في تشريع الضرورة مدى قوته القانونية، فإن جاوزها بتخلف شرط من الشروط الثلاثة التي تقدم ذكرها اعتبره تشريعاً قد زالت عنه القوة القانونية منذ تخلف هذا الشرط، أي بدون أثر رجعي.

و لا نرى ثمة ما يمنع البرلمان من ان يراقب هو أيضاً توافر الشروط في تشريع الضرورة، فينتقل من رقابة الملاءمة (contrôle de l'opportunité) إلى رقابة المشروعية (contrôle de la légalité)، ويشترك في هذه الرقابة الأخيرة مع القضاء. ومن ثم يجوز لأحد المجاسين ان يعلن ان تشريع الضرورة قد صدر وقت انعقاد البرلمان، أو أن حالة الضرورة لم تكن قائمة، أو أن التشريع مخالف للدستور، فيكون الموسوم بقانون باطلا منذ البداية بأثر رجعي كما هو الأمر في رقابة الملاءمة. ولكن القضاء لا يتقيد بما يذهب إليه البرلمان في ذلك، إذ للقضاء وحده الكلمة الأخيرة في رقابة المشروعية

وننثقل الآن من تشريعات الضرورة إلى الأحكام العرفية.

الأحكام العرفية

تنص المادة ٤٥ من الدستور على أن «الملك يعلن الأحكام العرفية .
ويجب أن يعرض إعلان الأحكام العرفية فوراً على البرلمان ليقرر
استمرارها أو إلفاءها فإذا وقع ذلك الإعلان في غير دور الانعقاد وجبت
دعوة البرلمان للاجتماع على وجه السرعة « وتنص المادة ١٥٥ من الدستور على أنه «لا يجوز لأية حال تعطيل حكم من أحكام هذا الدستور إلا أن يكون ذلك وقتياً في زمن الحرب أو أثناء قيام الأحكام العرفية وعلى الوجه المبين في القانون وعلى اى حال لا يجوز تعطيل انعقاد البرلمان متى توفرت في انعقاده الشروط المقررة بهذا الدستور «

ولا نعرض هذا أيضاً للأحكام العرفية إلا بمقدار اتصالها بمسالة الاختصاص التي هي موضوع البحث. ويتبين من النصين الدستوريين المتقدمي الذكر أن السلطة التنفيذية تكون مختصة بإصدار تشريعات في حالة اعلان الأحكام العرفية إذا توافر شرطان: (الشرط الأول) أن تعلن هذه الأحكام على الوجه المبين في الدستور، ويكون ذلك بإصدار مرسوم بإعلان الأحكام العرفية في إحدى الحالات التي يبينها القانون، ويعرض هذا المرسوم فوراً على البرلمان، ولو في دور غير عادى، ليقرر استمرار هذا الأحكام أو زوالها دون أن يكون لزوالها أثر رجعي. (والشرط الشاني) أن تصدر السلطة التنفيذية هذه التشريعات العرفية في حدود الأحكام التي يبينها القانون.

وقد صدر هذا القانون فعلا قبل نفاذ الدستور داته ، وهو القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٢٣ الخاص بنظام الأحكام العرفية ، يبين الجالات التي يجوز أهيها إعلان هذه الأحكام ويرسم حدود اختصاص السلطة القائمة على إجرائها. ومن ذلك فرى أن نظام الأحكام العرفية في مصر نظام دستورى لا نظام مطلق. إذ هو يخضع لمبدأ المشروعية (مجانون الدخضوعة للدستور وللقانون، ومن ثم تنبسط عليه رقابة القضاء. فهي الحدود التي بينها الدستور وقانون الاحكام العرفية. تكون السلطة المتنفيذية مختصة بإصدار أوامر عرفية. فردية أو تنظيمية. وتكون للأوامر التنظيمية قوة القانون وندكر في إيجار هده الحدود طبقا لقانون الأحكام العرفية الصادر-في سنة ١٩٣٣ والقوانين المكملة له، حتى إذا تبين أن السلطة العرفية جاوزتها في احد التسريعات التي تصدرها. أمكن القول إن هذا التشريع باطل لعيب في الاختصاص.

فقد نصت المادة الأولى من قانون الأحكام العرفية على أنه - يجور أعلان الأحكام العرفية كلما تعرض الأمن أو النظام العام في الأراضي المصرية أو في جهة منها للخطر ، سواء كان ذلك يسبب خطر إغارة قوات العدو المسلحة أو بسبب وقوع اضطرابات داخلية . ويضيف القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٤٨ إلى الحالتين المتقدمتين حالة جديدة موقية هي - تامير سلامة الجبوش المصربة وضمان تموينها وحماية طرق مواصلاتها وغير ذلك مما يتعلق بحر كانها واعمالها العسكرية خارج المملكة المصرية وحددت المادة النالثة من قانون الأحكام العرفية اختصاصات القائم على لجراء هذه الأحكام، فهي محصورة في مراقعة السلاح والتفتيش والرقابة على الصحف والرسائل وتحديد مواعيد العمل في المحال العمومية وإعادة الأشخاص إلى مقر والادتهم أو توطيهم والقيص على المتشردين والمشتية فيهم ومنع الاجتماعات العامة ومنع التحول في ساعات معينة وتنظيم استعمال وسائط النقل وإخلاء بعض الجهات أو عزلها والاستيلاء على وسائط النقل والمصالح والمصانع والمحلات الصناعية والعقارات والمنقولات والتكليف بأي عمل من الأعمال و آحاز النص لمجلس الورراء آن يضيق دائرة الحقوق المتقدمة أو أن يرحص في اتخاذ أي تدسر أخر هما يقتضيه صون الأمن والنظام العام في كل الجهة التي أجريت فيها الأحكام العرفية أو في بعضها. وفى الحدود المتقدمة الذكر يجوز للقائم على إجراء الأحكام العرفية ـ كما تنص المادة ١٥٥٥ من الدستور _ تعطيل أي حكم من أحكام الدستور بقرار فردى أو قرار تنظيمي ، إلا أن بعطل انعقاد البرلمان متى توافرت في انعقاده الشروط المقررة ، وسنعود إلى هذه المسئلة في مكان أخر . ومتى جاز بأمر عرفي تعطيل الدستور ، جاز من باب أولى تضمين قانون الأحكام العرفية نصا بعطل حكما من أحكام الدستور غير انعقاد البرلمان ولما كان قانون الأحكام العرفية هو بمثابة الدستور للأوامر العرفية التى تصدر حدود أحكام ، فلا يحوز بأمر عرفي تعديل هذا القانون .

وتببين مما تقدم أنه إذا صدر إجراء من السلطة التنفيذية في الحدود التي رسمها الدستور والقانون، كما إذا أعلنت الأحكام العرفية ولم يعرض الإعلان فورا على البرلمان، أو أعلنت في غير الحالات التي حددها القانون، أو جاوزت السلطة القائمة على إجرائها حدود اختصاصاتها، كان الذي يصدر في هذه الحالة إجراء باطلا لصدوره من جهة غير مختصة.

وقبل ان نترك موضوع الأحكام العرفية ، ونحن لم نتناوله إلا بقدر ما بتصل بمسألة الاختصاص كما سبق القول ، يعنينا أن نذكر مرة أخرى ان نظام الأحكام العرفية في مصر ، مهما كانت اختصاصات القائم على إجرائها واسعة ، هو نظام دستورى لا نظام مطلق ، ثم هو نظام استتنائي لا نظام طبيعي ، ومن ثم وجب أن يراعي في شأنه الضوابط الأتية

(أو لا)تفسر النصوص القانونية المتعلقة بهذا النظام تفسيرا ضيقاً. فلا يجوز التوسع فيها. فإذا ورد لفظ يحتمل معنيين، كفظ المتشردين والمشتبه فيهم الوارد في المادة الثالثة من قانون الأحكام العرفية ، وجب تفسيره لا بالمعنى الواسع بل بالمعنى الضيق المحدد في قانون المتشردين والمشتبه فيهم ، وذلك حماية للحريات والحقوق العامة ، وإذا أجاز قانون الأحكام العرفية لمجلس الوزراء أن يزود في اختصاصات السلطة القائمة على إجراء هذه الأحكام ، وجب أن تكون هذه الزيادة بقدر ما تقضيه المشرورة ، وبالنسبة إلى تدابير معينة بالذات ، فلا تجوز زيادة الاختصاصات في عبارة عامة دون تخصيص للتدابير المراد إضافتها ، ولا في ذات المرسوم الذي يعين القائم على إجراء الأحكام العرفية .

(ثانیا) للأحكام العرفیة حدود تقف عندها ولا یصح أن تجاوزها ، وهذه الحدود تتلخص فی حاجات الحرب والتموین وصدون الأمن والنظام العام . فأی أمر عرفی ، تنظیمیا كان أو فردیا ، لا یكون داخلا فی هذه الحدود ، یكون باطلاً لصدوره من جهة غیر مختصة . ونلاحظ فی هذه المناسبة أن الأمر العرفی التنظیمی ، وهو التشریع الذی یصدر من السلطة العرفیة ، یعتبر ، من ناحیه الشكل ، قراراً ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

(ثالثاً)الموسوم الذي يعلن الأحكام للعرفية هو وحده الذي يعتبر عملا من اعمال السيادة، فلا يخضع لرقابة القضاء. أما الأوامر العرفية، وهي الإجراءات والتدابير التي تتخذ في ظل هذه الأحكام تنفيذاً لها، فهي قرارات إدارية تخضع لرقابة القضاء سواء كانت قرارات فردية أو قرارات تنظيمية. ويستوى في ذلك أن تكون هذه القرارات صادرة عن سلطة محددة أو عن سلطة تقديرية، على أن يترك القضاء القائم على إجراء الأحكام العرفية مجالا واسعاً في استعمال سلطته التقديرية(١).

(رابعا) قوانين التضمنيات التي تعقب عادة إنتهاء الأحكام العرفية ، لرفع المسئولية عن السلطة التي قامت بإجراء هذه الأحكام ، يجب أن تكون مقصورة على التدابير والإجراءات التي اتخذت في حدود الاختصاصات المخولة لهذه السلطة ، فترفع المسئولية عنها دون غيرها من التدابير والاجراءات التي جاوزت هذه الحدود . وسنعود لهذا الموضوع في مكان أخر ، فنبحث ستورية قوانين التضمنيات ، من حيث عمومها وتجردها ومن حيث الأحكام التي تشتمل عليها .

اللوائح والقرارات التنفيذية واللوائح الادارية المستقلة:

نصت المادة ٣٧ من الدستور على أن «الملك يضع اللوائح اللازمة لتفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها «. ونصت المادة ٤٣ من الدستور على أن «الملك يرتب المصالح العامة « ونصت المادة ٣٩٥ من قانون العقوبات على أن «من خالف أحكام اللوائح

⁽١) محكمة القضاء الإداري في دوائرها المجتمعة في ١٠ مايو ١٩٥٢ القضية رقم ١٩٤٤ السنة السادسة القضائية

العمومية أو المحلية الصادرة من جهات الادارة العمومية أو البلدية أو المحلية يجازى بالعقوبات المقررة في تلك اللوائح بشرط آلا تزيد على العقوبات المقررة في اللوائح زائدة عن هذه الحدود وجب حتما إنزالها إليها ، فإذا كانت اللائحة لا تنص على عقوبة ما يجازى من يخالف احكامها بدفع غرامة لاتزيد على خمسة وعشرين قرشا ،

ويتبين من هذه النصوص أن السلطة التنفيذية تختص بإصدار ما تشريعات غير رئيسية - فوق التشريعات الرئيسية التى تختص بإصدارها في حالة الضرورة وفي حالة إعلان الأحكام العرفية - في حدود رسمها الدستور وهذه التشريعات غير الرئيسية قسمان، فهي إما تكون لوانح وقرارات تنفيذية لتشريعات رئيسية، وإما أن تكون لوانح مستقلة (autonomes) مصلحية أو بوليسية.

والأصل أن السلطة التنفيذية لا تتولى التشريع كما قدمنا، فهذا ليس من اختصاصها، وإذا تولته في حالات استثنائية، فإنما يكون اختصاصها في ذلك مبنياً على نص بستورى، كما هي الحال في اللوائح والقرارات التنفيذية وفي اللوائح المصلحية حيث خولت المادتان ٢٧ و 33 من الدستور السلطة التنفيذية هذا الاختصاص، وكما هي الحال في اللوائح البوليسية وهي لوائح توضع لحفظ الأمن (scurie) والصحة (calubrité) والصحة (scurie) بعيث خول السلطة التنفيذية هذا الاختصاص عرف بستورى معترف به وقد أقرته المادة ٩٠٥ من قانون العقوبات على الوجه الذي قدمناه، وقد رأينا أن المادتين ٤١ و ١٥٥ من الدستور تجعلان للسلطة التنفيذية حق إصدار تشريع رئيسي، الأولى في حالة الصرورة، والثانية في حالة إعلان الأحكام العرفية.

ولسنا هنا في صدد بحث اللوائح الادارية التنفيذية منها والمستقلة ، إلا من ناحية الاختصاص ، وبحسبنا أن نذكر أن اختصاص التشريع في هذه الدائرة المحدودة إنما أعطى للسلطة التنفيذية بمقتضى الدستور ذاته . نصاً أو عرفاً ، وما كان يجوز تخويل الادارة اختصاصاً في التشريع إلا عن طريق الدستور . أما القول بأن السلطة التشريعية فوضت الادارة في التشريع فقول أصبح الأن مهجوراً ، لأن السلطة التشريعية لايجوز لها أن تغوض جهة أخرى فيما جعله الدستور من اختصاصها هي وإذا وجد نص في أحد القوانين يكلف السلطة التنفيذية أن تصدر من اللوائح والقرارات ما تنفذ به أحكام هدا القانون، عهذا لايعتبر تفويضاً للادارة في التشريع، بل هي دعوة من السلطة التشريعية للادارة أن تباشر اختصاصها المنصوص عليه في المادة ٣٧ من الدستور

فى هذه الحدود الضيقة التي رسمها الدستور أو العرف الدستوري، تكون الادارة مختصة بالتشريع فإذا هي جاوزت هذه الحدود، وأصدرت تشريعاً لايكون تنفيذيا أو مصلحياً أو بوليسياً. كان هذا التشريع باطلا لصدروه من جهة غير مختصة

واكثر ما يكون ذلك عندما تصدر الادارة لائحة تنفيذية تتعارض مع التشريع الأصلى أو تعدله أو تعطله أو تعفى من تنفيذه، فتكون هذه اللائحة باطلة، لا لمخالفتها للتشريع فحسب، بل أيضًا لصدروها من جهة غير مختصة.

كذلك إذا أصدرت الادارة لائحة ليست تنفيذا لتشريع أو ترتيبا لمصلحة عامة أو تنظيما لشأن من شؤون البوليس، كانت هذه اللائحة باطلة لصدروها من جهة غير مختصة فلا يجوز إذن للادارة أن تتباول بتنظيم تشريعي شأناً من شؤون الحريات العامة أو حقا من الحقوق العامة للأفراد كالحرية الشخصية أو حرية التجارة أو حق العلكية أو حق العمل ولا يجوز لها بدوع خاص أن تنظم متشريع تصدره مسألة من المسائل التي نص السسور على أن يكون تنظيمها بقانون والعكس غير صحيح فلا شيء السلطة التشريعية من أن تصدر لوانح تنفيذية أو مصلحية أو بوليسية بقوانين يقررها البرلمان ، ولا تكون هذه القوانين باطلة لصدورها من جهة غير مختصة . ذلك أن البرلمان هو صاحب السلطة التشريعية في "لأصل ، فهو يشارك السلطة التنفيذية فيما تختص به من تشريعات غير رئيسية . وينفرد بالاختصاص في التشريعات الرئيسية

تشريع يصدر من جهة قضائية

راينا فيما قدمناه كيف يصدر تشريع من جهة إدارية، ورسمنا الحدود التي تكون فيها الجهة الادارية مختصة بالتشريع ونتصور الآن تشريعاً يصدر لا من جهة إدارية، بل من جهة قضائية، فهل يكون هذا التشريع صحيحاً؟

السلطة القضائية لا تختص بالتشريع اصلا. واختصاصها مقصور على الفصل في الخصومات، عن طريق قضائي أو عن طريق ولائي. فإذا جاوز القضاء حد الفصل في خصومة معينة، وقرر في حكم من احكامه قاعدة عامة مجردة، لم تكن لهذه القاعدة قوة القانون إلا بقدر ما تكون تعبيراً صحيحاً عن القانون بالذات. فإن لم تكن كذلك فلا قوة لها، ويجوز لمحكمة اخرى أن تخالفها، بل تجوز المخالفة من المحكمة ذاتها التي اصدرت القاعدة. والحال غير ذلك في القانون الانجليزي، فإن هذا القانون يعترف بالقضاء مصدراً من مصادره، وكان للمحاكم الفرنسية في العهود التي سبقت الثورة وكانت هذه المحاكم تسمى بالبرلمانات المعود التي سبقت الثورة على إصدار قواعد عامة مجردة هي تشريعات حقيقية، المحكمة إذا اصدرت تشريعاً كان التشريع باطلا لصدوره من جهة غير مختصة

وقد نصت المادة ٣٨ من قانون مجلس الدولة على انه «إذا تبين لمجلس الدولة أو لقسم من أقسامه في صدد بحث مسألة عرضت عليه أن التشريع غامض أو ناقص ، رفع إلى وزير العدل تقريراً في هذا الشأن ؛ . وظاهر أن هذا ليس اختصاصاً تشريعياً . وليس في الأمر إلا دعوة لمجلس الدولة أن ينبه وزير العدل إلى تشريع غامض أو ناقص ، لعله أن يتدارك الأمر بالرجوع إلى السلطة التشريعية صاحبة الشأن وحدها في إزالة الغموض وفي إستكمال النقص .

ثم إن المادة ۱۸ من قانون مجلس الدولة تنص على انه ، فيما عدا مواعيد رفع الدعوى يجوز للجمعية العمومية لمحكمة القضاء الادارى أن تعدل مواعيد الإجراءات وان تعين مواعيد للإجراءات التى لم تعين لها مواعيد في هذا الشأن نافذة بعد التصديق عليها بقرار من وزير العدل ونشره في الجريدة الرسمية ، ونلاحظ في صدد هذا النص أن الجمعية العمومية لمحكمة القضاء الادارى قد وكل لها المشرع تعيين مواعيد الإجراءات ، فيما عدا مواعيد رفع الدعوى ، بوصف انها هيئة إدارية لأهيئة قضائية ، ومن ثم جاز للمشرع أن يتطلب تصديق وزير العدل على قرارتها الصادرة في هذا

الشأن. وتكون هذه القرارات بمثابة قرارات تنفيذية لتشريع رئيسى، هو قانون مجلس الدولة، الذي بسط الإجراءات للسلطة التنفيذية، ممثلة في الجمعية العمومية لمحكمة القضاء الإداري وفي وزير العدل، تتكفل بتعيينها ابتداء أو بتعديل ماتم تعيينه منها.

اما الاختصاصات التي خولها قانون مجلس الدولة لقسم التشريع والجمعية العمومية لقسمى الراي والتشريع في صبياغة مشروعات القوانين ومشروعات القرارات التنظيمية وفي مراجعتها فهي أيضاً اختصاصات تشريعية، وفي حدود هذه الاختصاصات يعتبر مجلس الدولة سلطة إدارية ذات اختصاص تشريعي.

عمل ادارى يصدر من البرلمان دون ان ينصى الدستور على اختصاص البرلمان به:

وننتقل هنا إلى وضع عكسى، فنعرض لا إلى عمل تشريعي يصدر من غير البرلمان، بل إلى عمل إداري يصدر من البرلمان.

والأصل كما قدمنا أن البرلمان مختص بالتشريع لابالتنفيذ ، فهوإذن غير مختص بالأعمال الإدارية . إلا أن الدستور وكل إليه اختصاصاً في اعمال إدارية بالذات ذكرها على سبيل التحديد والحصر . فإذا صدرت منه كانت صادرة من جهة مختصة . وهذه الأعمال بعضها يصدر من البرلمان في صورة قانون ، وبعض آخر يصدر من احد المجلسين في صورة قرار .

أما الأعمال التي تصدر من البرلمان في صورة قانون، فقد حددها الدستور في الأعمال الآتمة.

(أولا) القروض العامة، والتعهد بإنفاق مبالغ من الخزانة لسنوات مقبلة، والتزام المرافق العامة، والاحتكار، وإنشاء الخطوط الحديدية والطرق العامة والترع والمصارف وسائر اعمال الرى التي تهم أكثر من مديرية وإيطالها، والتصرف المجاني في أملاك الدولة (١).

⁽١) وقد جمعت هذه الأعمال الدادة ١٦٧ من الدستور وتجري على الوجه الأتي لايدور عقد قرضى عمومي ولا تمهد قد يترتب عليه إنفاق مبالغ من الفزانة في سنة او سنوات مقبلة لايدور عقد قرضى عمومي كل المتزام موضوعه استفلال موارد من مورد الثروة الطبيعية في الميلاداو مصلحة من مصالح المجمهور العامة وكل احتكار لايجوز منحه إلا يقانون وإلى زمن محدود بيشترها اعتماد لدرلمان مقدماً في إنشاء او إيطال الخطوط الحديدية والطرق العامة واقترع والمصارف وسائر اعمال الرك التي تهم اكثر من مديرية، وكذلك في كل تصرف مجاني في الحلال الدولة .

(ثانياً) الميزانية، والاعتمادات الإضافية، والحساب الختامي (١).

(ثالثاً) قيام الأحكام العرفية، وإعلان الحرب الهجومية، والتصديق على المعاهدات (٣).

(رابعاً)الغفو الشامل (٢) .

(خامساً) تعيين مخصصات الملك هو واوصياء العرش والبيت المالك، وتعيين خلف له على العرش إذا لم يكن هناك من يخلفه، وإجازته في أن يتولى مع ملك مصر أمور دولة أخرى(⁴).

(1) ققد نصب المدادة ١٣٧٨ من الدستور على إن «الديزاسية الشاملة لاسيرادات الدولة ومصروعاتها يجب تقديمها إلى البرلمان قبل المتداء السنة العالية نلالانة شهواد على الأقل لهجيمها واعتدادها والسنة العالمية بعينا بالمتعدات العالمية بعينا بالمتعدد المتعدد على الدامة على الدرامة المتعدد المتعدد المتعدد المتعدد المتعدد المتعدد المتعدد من المجلسين على تقديد إلى الدرامة المتعدد المتعدد المتعدد المتعدد المتعدد المتعدد المتعدد من المجلسين مجتمعين مجتمعين المجتمعين المجتمعين المتعدد ال

(٢) مقد نصت المادة أن لا من الدستور على أن «الملك يطن الأحكام العرفية ويجب أن يعرض إعلان الأحكام العرفية هوراً على البرلمان ليقرر استمرارها أو إلغاءها فإذا وقع دلك الاعلان مي عبر دور الاسقاد وجبت دعو البرلمان للاجتماع على وجه السرعة - ونصت القفرة الثانية من السادة ٤٦ من الدستور على ما يأتي - على أن إعلان الحرب الهجومية لايجوز بعون موافقة البرلمان. كما أن معاهدات الصلح والتحالف والتجارة والمجارة وحميع المعاهدات التي يترتب عليها تعديل في أراضي الدولة أو نقص عي حقوق سيادتها أو تحميل خزائتها شيئاً من النفاقات أو مساس بعقوق المصاربين المامة أو العاصة الاكون نافذة إلا إذا وافق عليها البرلمان ،

(٣) عقد نصت المادة ١٥٢ من الدستور على أن -العقو الشامل لايكون (لابقانون-

(4) فقد نصت الدادة ٥٠ من الدستور على أنه ، عند تولية الملك تمين مخصصاته ومخصصاته البيت السائلة بقانون وذلك لعدة حكمه . ويعين القانون مرتبات اوصباء العرش على أن نؤخذ من مخصصات السائلة ، ويسائلة ومحموسات الملك ، ونصد المادة ٥٠ من الدستور على أنه وإذا لم يكن من يضلف الملك على العرش الملك أن يعين خلفاً له مع موافقة البرلمان مجتمعاً في هيئة مؤتمر . ويشترط لصحة قراره في ذلك محمور ثلاثة أرباع كل من المجلسين وأغلبية التي الأعضاء المحاضرين، ونصت العادة ٥٠ من الدستور على أنه ، على حالة خلو العرش لعدم وجود من يخلف الدلك أو لعدم تعيين خلف له وفقاً لأحكام العادة ما السابقة بجتمع المجلسين مختلف الملك أن يقدم المحاضرين ، ونصت المحاضرين من المجلسين وأغلبية ثائلي أنها من وقد اجتماعهما ويشترط الصحته حضور الآلة أبراع كل من المجلسين وأغلبية ثائلي الأحضاء الحاضرين ، ونصت العدادة ٥٧ من الدستور على أنه لا يجوز للملك أن يتولى مع ملك مصر أمر دولة احرى بغير رضاء البرلمان ولا تصح مداولة أي من المجلسين عن ذلك إلا يحضور تاشي المتعاشرين من ذلك إلا يخطور تاشي

(سادساً) اعمال إدارية اخرى وقتية، تولاها الدستور ذاته طبقاً لما ورد فيه من الأحكام(١).

ويلاحظ أن جميع الأعمال التي تقدم نكرها هي أعمال إدارية تصدر من البرلمان بمجلسيه. وقد نص الدستور في بعض منها على أن تصدر في صورة قانون، ونلك في النزام المرافق العامة والاحتكار والعفو الشامل ومخصصات الملك والأوصياء على العرش والبيت المالك، واقتصر في بعض آخر على تطلب موافقة البرلمان أو اعتماده أو إقراره أورضائه. وقد جرت السوابق الدستورية على عدم التمييز بين عمل وأخر، فتصدر هذه الأعمال جميعها في صورة قانون، فيما عدا تقرير استمرار الأحكام العرفية.

والأعمال التى تصدر من أحد المجلسين ، في صورة قرار ، تقرب كثيراً من الأعمال القضائية . وهذه هي :

(أولا) أتهام الوزراء والعقو عنهم(١).

(ثانياً) الفصل في صحة النيابة، والفصل من عضوية المجلس(٢).

⁽۱) فقد نصت الدادة ۱۹۱۱ من الدستور على أن • مخصصات جلالة العلك الحالس (الععقور له مؤاد الأول) هي ١٩٠٠ ؟ جبيه مصري ، ومخصصات البيت الدائل هي ١١٥٥٢ جبنها مصريا .
ونيقي كما هي لمدة جكه ، وتحوز زيادة عده المخصصات بقرار من البرامان • ونصت الدادة ١٦٠ برا الدادة ١٦٠ برا المدادة ١٦٠ برا الساق المائة ١٦٠ برا الساق المنافق ١٦٠ كوبر بطريقة القرعة ، ومدة نياية مؤلاه الشيور على ان خدرض على الرائي عنضهي في ٣١ اكتوبر سنة ١٩٠٧ من المستور على ان خدرض على الرائب عند إنقادته ميرامية بسنة ١٩٠٧ • ١٩٠٨ من المستور على ان خدرض على الرائب المدادة ١٩٠١ من المستور على ان خدرض على الرائب عند إنقادته الباقية عنه من ١٩٧٤ • ١٩٧٨ منافقانون الذي يصدر بدرامية السنة المدكورة إلا عن المدت الباقية عليه من الهرلمان بالدائلة التي صدق عليه بها مجلس الوزراء ،

⁽٣) فقد بعث الفقرة الأولى من العادة ٩٠ من الدستور على ال لمجلس النواب وحده حق التهام الوزراء لهيما يقع منهم من الجرائم في تادية وظائفهم . ولا يصدر قرار الانهام إلا بأغلبية ثلثى الأراء . ونصد الهمادة ٧٢ من الدستور على أن ١٧ يجور العفو عن الوزير المحكوم عليه من مجلس الأحكام المحصوص إلا بموافقة مجلس النواب .

⁽٣) فقد نصت الدادة ٩٥ من الدستور على أن «يغتص كل مجلس بالعصل في صحة نياية أعضائه. ولا تعتبر النياية باطلة إلا يقوار يصدر باغلبية تلقى الأصوات. ويجوز أن يمهد القانون بهذا الاغتصاص إلى سلطة أخرى ». وقد تعهد فعلا قانون صدر حديثاً بهذا الاغتصاص إلى محكمة اللقفى و ونصت الصادة ١٤٧ من الدستور على أنه ولا يجوز فصل أحد من عضوية البرلمان إلا يقوار صادر من المجلس التامة على المستور على أنه ولا يجوز فصل أحد من عضوية البرلمان إلا يقوار صادر من المجلس أن الشقوط العبينة بهذا الدستور ويقانون الانتقاب أن يصدر القوار باغلبية ثلاثة أرباح الأعضاء الذين يثاقد منهم المجلس».

(ثالثاً) الإذن في اتخاذ إجراءات جنائية نحو عضو البرلمان(١).هذه هي الأعمال التي بختص بها البرلمان أو أحد جلسيه ، ذكرها الدستور على سبيل الحصر كما قدمنا . فلا يجوز للبرلمان أن بياشر عملا إدارياً غيرها ، وإذا باشره كان هذا العمل باطلا لصدوره من جهة غير مختصة . ومن ذلك نرى أن منح الجنسية المصرية معين، وهو عمل إداري، لا يجوز ان يصدر بقانون، لأن الدستور لم يجعل هذا العمل من بين الأعمال الإدارية التي يجوز صدورها من البرلمان، ومع ذلك فقد نصت المادة ٧ من قانون الجنسية الجديد (القانون رقم ١٦٠ لسنة ١٩٥٠) على أنه وبحوز دون توافر الشروط المنصوص عليها في المادة ٥ منح الجنسية المصرية بقانون خاص لكل أجنبي بكون قد أدى للدولة خدمات جليلة ١٠ وقبل ذلك نصت المادة ١١ من قانون الجنسية القديم (القانون رقم ١٩ لسنة ١٩١٩) على أنه ويجوز منح التجنس بمقتضى قانون خاص للأجنبي الذي يكون قد ادى خدمات جليلة لمصر وبدون أي شرط آخر ٤ . فالنص في هذين القانونين على جواز منح الجنسية المصرية بقانون لشخص معين نص باطل لمخالفته للدستور . والقانون الذي يصدر بمنح شخص معين الجنسية المصرية، تطبيقاً لهذا النص الباطل، هو أيضاً قانون باطل، لأنه في حقيقته عمل إداري صدر من جهة غير مختصة. ولا يكسب شخص الجنسية المصرية إلا بمقتضى قواعد عامة مجردة يضعها البرلمان، غير ناظر فيها إلى شخص معين بالذات، وذلك تطبيقاً للمادة الثانية من الدستور وهي تنص على أن «الجنسية المصرية تحددها القائون و .

ولا فرق، فى العمل الإدارى الذى لا يختص به البرلمان، بين أن يصدر فى صورة عمل إدارى أو أن يصدر فى صورة تشريع، فهو باطل فى الحالتين على السواء. وسنعود إلى هذه المسألة فى مكان آخر.

⁽١) فقد نصبت المادة ١٠٠ من الدستور على انه ١٠ بيجوز اثناء دور الانعقاد اتخاذ إجراءات جنائية نحو أي عنصو من أعضاء البرلمان ولا القبض عليه إلا بإذن المجلس التابع هو له، وذلك فيما عدا حالة الناس بالحنابة ه.

الشكل

ويجب ايضاً، حتى يكون التشريع دستورياً، أن يكون قد استوفى الشكل الذي أوجبه الدستور. وأهم مسائل الشكل في التشريع هي الإجراءات التي يجب اتباعها لاستصدار التشريع من البرلمان. وهذه الاجراءات نجد أسسها مدونة في الدستور، وتفصيلاتها مبسوطة في اللاشحتين الداخليتين لمجلسي الشيوخ والنواب(١).

أما الأسس المدونة في الدستور فتتلخص في أن السلطة التشريعية يتولاها الملك بالاشتراك مع مجلسي الشيوخ والنواب (م ٢٤)، ومن ثم لا يصدر قانون إلا إذا قرره البرلمان وصدق عليه العلك (م ٢٥ وم ٣٤)، وتكون القوانين نافذة بإصدارها من الملك ويستفاد الإصدار من النشر في الجريدة الرسمية (٢٦٨) ، وإذا لم ير الملك التصديق على مشروع قانون أقره البرلمان رده إليه في مدى شهر الإعادة النظر فإذا لم يرد القانون في هذا الميعاد عد ذلك تصديقاً من الملك عليه وصدر (م ٣٥)، أما إذا رد وأقره البرلمان ثانية بموافقة ثلثى الأعضاء الذين يتألف منهم كل من المجلسين صار له حكم القانون وأصدر ، فإذا كانت الأغلبية أقل من الثلثين امتنع النظرية فيه دور الانعقاد نفسه فإذا عاد البرلمان في دور انعقاد آخر إلى إقرار ذلك المشروع بأغلبية الآراء المطلقة صار له حكم القانون وأصدر (م ٣٦). وحق اقتراح القوانين يكون للملك ولمجلسي الشيوخ والنواب عدا ما كان منها خاصاً بإنشاء الضرائب أو زيادتها فاقتراجه للملك ولمجلس النواب (م ٢٨). زكل مشروع قانون يحال إلى لجنة لقحصه (م ١٠٢ وم ١٠٣). وأدوار الانعقاد واحدة للمحلسين، فإذا إجتمع أحدهما أو كلاهما في غير الزمن القانوني فالاجتماع غير شرعي والقرارات التي تصدر فيه باطلة بحكم القانون (م ٩٧)، وإذا حل مجلس النواب توقف جلسات مجلس الشيوخ (م ٨١). ومركز البرلمان مدينة القاهرة، على أنه يجوز عند الضرورة جعل مركزه في جهة أخرى بقانون، واجتماعه في غير المكان المعين له غير مشروع وباطل بحكم

⁽۱) لا شأن أننا منا بالتشريعات الأسلسية التي يجوز بها تنقيخ النستور . فهذه تشريعات الشرط فيها النستور شروطاً خاصة جعلتها اصعب بكثير من التشريعات العادية (انظر المواد ١٥٦ و ١٥٨ ومن النستور).

القانون (م ٩٠). وقبل أن يتولى اعضاء مجلسى الشيوخ والنواب عملهم يقسمون اليمين علناً بقاعة الجلسة (م ٩٤). وجلسات المجلسين علنية في الأصل ويجوز أن تكون سرية بشروط خاصة (م ٩٨). ولا يجوز لأى من المجلسين أن يقرر قراراً إلا إذا حضر الجلسة اغلبية اعضائه (م ٩٩)، من المجلسين أن يقرر قراراً إلا إذا حضر الجلسة اغلبية اعضائه (م ٩٩)، المطلقة وعند تساوى الآراء يكون الأمر الذي حصلت المداولة بشأنه مرفوضاً (م ١٩٠٠). ولا يجوز لأى المجلسين تقرير مشروع قانون إلا بعد اخذ الرأى فيه مادة مادة (م ١٩٠٤)، وتعطى الآراء بالتصويت شفهيا أو بطريقة القيام والجلوس أو بالمناداة على الأعضاء بأسمائهم حسب الأحوال (م ١٩٠١). وكل مشروع قانون اقترحه احد الأعضاء ورفضه البرلمان لا يجوز تقديمه ثانية في دور الانعقاد نفسه (م ١٠٠١). وفيما عدا الأحوال التي يجتمع فيها المجلسان بحكم القانون فإنهما يجتمعان على الأحوال التي نص عليها الدستور (م ١٢٠١).

هذه هي بوجه عام الإجراءات اللازمة لا ستصدار تشريع من البرلمان، نص عليها الدستور من حيث الزمان والمكان وكيفية فحص مشروع القانون والأغلبية اللازمة لاءقراره ونظام اجتماع المجلسين ونصاب صحة الاجتماع وطريقة التصويت ونحو ذلك.

وفي اللائحتين الداخليتين لمجلسي الشيوخ والنواب نقرا تفصيلا لهذه الاجراءات. فمشروعات القوانين ترد إلى المجلس من الحكومة مباشرة بمرسوم يعرض على مجلس الدولة أو من المجلس الأخر بعد إقرارها منه . وتحال من المجلس إلى اللجنة المختصة لفحصها وتقديم تقرير عنها . كما أن لكل عضوان يقدم للرئيس اقتراحاً بمشروع قانون ، فيحال أو لا إلى لجنة الاقتراحات لتقدم عنه تقريراً ، فإذا قرر المجلس نظر الاقتراح أحاله إلى اللجنة المختصة بنظر موضوعه . وعلى كل لجنة أن تقدم تقريراً في ظرف شهر من مدة العمل البرلماني عن كل موضوع يحيله المجلس إليها ، ويقدم التقرير لرئيس المجلس لعرضه على المجلس . وتبدا المداولة بمناقشة المشروع إجمالا من حيث المبدا ، ثم يؤخذ الرأى على قبوله أورفضه . فإذا تقرر القبول يشرع المجلس في مناقشة مواده مادة مادة مادة

بعد تلاوة كل منها ، ويؤخذ الراى على كل مادة . ثم يؤخذ الراى على مجموع المشروع فى مرجلة تالية ، ويكون الاقتراع النهائي على القوانين فى مجموعها بالنداء بالاسم . وإذا قرر المجلس بلا تعديل مشروع قانون سبق للمجلس الآخر تقريره ، رفع هذا المشروع إلى الملك للتصديق عليه .

والإجراءات التى قدمناها. ما ورد منها فى الدستور وما جاء فى اللائمتين الداخليتين، بعضها جوهرى جزاء الإخلال به بطلان التشريع، وبعضها غير جوهرى لا يترتب على الإخلال به البطلان. وعلى فقهاء القانون الدستورى ان يميزوا هذه الإجراءات بين ما هو جوهرى وما هو غير جوهرى، ناظرين فى كل إجراء إلى الفاية التى توخيت فى وضعه. ويغلب أن يكون الإجراءات التى وردت فى الدستور جوهرية، وإن كان هذا لا يتحم، وبعضها يصرح الدستور أن الإخلال به جزاؤه البطلان أما الإجراءات التى وردت فى اللائمنين فبعضها جوهرى وبعضها غير جوهرى.

ونورد، على سبيل التمثيل. حالات نرى أن الإجراء فيها جوهرى. وأخرى نرى الإجراء فيها جوهرى، وثالثة هى محل للنظر.

حالات الإجراء فيها جوهرى

اذا نظر آحد المجلسين مشروع قانون في غير دور الانعقاد ،
 او نظره مجلس الشيوخ ومجلس النواب منحل ، كان الاجتماع غير شرعى ،
 ومن ثم يكون التشريع الذي يقره هذا المجلس باطلا من ناحية الشكل .

٢ - إذا اجتمع أحد المجلسين في غير المكان المعين له و أقر مشروع
 قانون، كان أجتماعه غير شرعى، وكان التشريع باطلا من ناحية الشكل.

 ٣- إذا اجتمع المجلس دون ان تحضر الجلسة اغلبية اعضائه، واقر تشريعاً، كان هذا التشريم باطلا من ناحيته الشكلية.

 ٤ - إذا أقر المجلسين مشروع قانون دون أن تسبق إحالته على اللجنة المختصة ، كان التشريع باطلا كذلك .

 هـ إذا قدم احد اعضاء مجلس الشيوخ مشروع قانون بإنشاء ضريبة، فاقره البرلمان، كان التشريم باطلا من ناحية الشكل لأن اعضاء مجلس الشيوخ لا يملكون اقتراح القوانين بإنشاء ضريبة أو زيادتها كما سلف القول.

٦- إذا رد الملك دون تصديق مشروع قانون، ثم أقر البرلمان المشروع مرة ثانية في الدور نفسه بالأغلبية المطلقة، كان التشريع باطلا من ناحية الشكل، لأن الأغلبية الخاصة التي يتطلبها الدستور في هذه الحالة لم تتوافر.

٧- إذا اختلف المجلسان في مشروع قانون غير الميزانية، واجتمع البرلمان في مؤتمر وأقر المشروع، كان التشريع باطلا من ناحية الشكل. ويختلط هنا الشكل بالاختصاص، لأن المؤتمر غير مختص إلا بأمور معينة ذكرها الدستور على سبيل الحصر.

حالات الاجراء فيها غير جوهرى:

١- إذا تأخرت اللجنة التي أحيل إليها مشروع القانون آكثر من شهر
 في تقديم تقريرها ، لم يكن هذا التأخر موجباً للبطلان .

٢- إذا اقترح أحد أعضاء البرلمأن مشروع قانون، ولم يحل على لجنة الاقتراحات قبل إحالته على لجنة الموضوع، كما تقضى المادة ١٠٣ من الدستور، لم يكن هذا موجباً للبطلان.

٣- إذا انعقد أحد المجلسين بهيئة سرية بناء على طلب الرئيس لا بناء على طلب الحكومة أو عشرة من الأعضاء كما تقضى المادة ٩٨ من الدستور - فقرر المجلس أن تجرى المناقشة في جلسة سرية ، فالتشريع الذي يقرره المجلس في هذه الجلسة السرية لا يكون باطلا من تاحية الشكل.

 ٤ - إذا اخذ الراى ، في مشروع قانون ، على المبدا والمواد في وقت واحد ، لم يكن هذا موجباً للبطلان .

 إذا أقر مجلس النواب مشروع قانون من حيث المبدا ومن حيث العواد، ثم أخذ الرأى بالاسم على المشروع في الجلسة ذاتها لا في جلسة تالية، لم يكن هذا موجباً للطلان...

حالات الاجراء فيها للنظر:

(۱) إذا قدمت الحكومة مشروع قانون إلى البرلمان ، وجب أن تقدمه في صورة مرسوم بمشروع قانون ، فيوافق عليه مجلس الوزراء ويمضيه الملك ، ثم يقدم بعد ذلك إلى البرلمان الإقراره . وهذا الحكم يستخلص من المادة ٢٨ من الدستور إذ تنص على أن للملك حق اقتراح القوانين . ولكن تقديم مشروع القانون ، بعد أن يقره البرلمان ، إلى الملك للتصديق عليه ، هل يشترط فيه هو أيضاً موافقة مجلس الوزراء ؟ لا نرى هذا واجباً . وقد كان العمل يجرى على إرجاع مشروعات القوانين بعد إقرارها من البرلمان إلى مجلس الوزراء للموافقة على رفعها إلى الملك للتصديق عليها حتى يتحقق من ناحية الشكل أن الملك يستعمل سلطة التصديق بواسطة وزرائه ، ثم عدل عن ذلك ، وأصبحت مشروعات القوانين ترفع رأساً إلى الملك من رئيس مجلس الوزراء .

(٢) إذا أعدت الحكومة مشروع قانون لتقديمة إلى البرلمان، ووضعته من أجل ذلك في صورة مشروع مرسوم، وجب عليها أولا أن تعرض هذا. المشروع على قسم التشريع بمجلس الدولة لصياغنة . فإذا هي لم تعرضه ، واستصدرت المرسوم بمشروع القانون وقدمته إلى البرلمان فأقره وصدق عليه الملك ، ايكون التشريع باطلا بسبب أنه لم يعرض غلى قسم التشريع بمجلس الدولة ؟ يذهب بعض الفقهاء إلى بطلان التشريم في هذه الحالة ، ويحتج لذلك مأن نص المادة ٣٥ من قانون مجلس الدولة صريح في وجوب أن يتولى قسم التشريع صياغة مشروعات القوانين، فأي مرسوم بمشروع قانون لم يصغه قسم التشريع يكون باطلا من ناحية الشكل، فإذا بني على هذا المرسوم الباطل تشريع كان التشريع باطلا هو أيضاً ، وما بنى على الباطل فهو باطل. ولا يقدح في صحة هذا الرأى أن البرلمان هو صاحب التشريم، وأنه هو الذي وضع المادة ٣٥ من قانون مجلس الدولة واوجب بها أن يتولى قسم التشريع صياغة مشروعات القوانين، فله أن يستثنى من هذا الحكم العام مشروعاً معيناً أقره هو وإن لم يصغه قسم التشريم فالرد على الاعتراض يسير ، إذ من المسلم أنه لا يجوز لجهة تضع قاعدة تنظيمية أن تسثني من حكم هذه القاعدة حالة فردية قبل أن تقرم بتعديل القاعدة بحيث تتسع لهذا الاستثناء. كذلك لا يقدح في صحة هذا الراي الزعم بأن القول به يضيف شيئاً لم يقل به الدستور ، وأن

نصوص الدستور لا تتطلب هي التشريع أن يضوغة قسم التشريع بمجلس الدولة بل كل ما يتطلب هو موافقة البرلمان وتصديق الملك. ذلك أن المادة ٣٥ من قانون مجلس الدولة. إذ توجب أن يتولى قسم التشريع صياغة مشروعات القوانين، لا تضيف جديداً على احكام الدستور، بل هي توكد هذه الأحكام وتكفل الدقة في تنفيذها، فإن الصياغة التي يتولاها قسم التشريع تتوخى كغرض من أهم أغراضها ألا يتعارض التشريع مع الدستور، وهذا التعارض يأباه الدستور ويستنكره، فتكون المادة ٣٥ كفيلة بتنفيذ احكام الدستور وليس من شانها أن تضيف على هذه الأحكام شيئاً جديداً.

ولكننا ، بالرغم من هذه الحجج القويةالتي يسوقها اصحاب هذا الرأي لتأبيده، لا نشاركهم فيه . وعندنا أن التشريم الذي لم يسبق عرضه على قسم التشريع بمجلس الدولة لا يكون باطلا . ونقول بذلك ، لا لأن العرض على قسم التشريع ليس واجباً ، بل هو أمر واحب ، والمادة ٣٥ صريحة في هذا المعنى، وللبرلمان أن يرد المشروع إلى الحكومة لتعرضه على قسم الشريع . ولكن هذا العرض، مع أنه إجراء وأجب، ليس بإجراء جوهري حتى يترتب على الإخلال به البطلان. ونرحم في ذلك إلى الغرض الذى توخاه المشرع عندما أوجب عرض مشروعات القوانين والقرارات التنظيمية على قسم التشريع لصياعتها . لقد أراد من وراء ذلك إقامة مجلس الدولة رقيباً لا على السلطة التشريعية بل على السلطة التنفيذية عندما تقترح مشروع قانون أو عندما تصدر قراراً تنظيمياً ، حتى لا تصطدم في مشروع قانونها بالدستور وحتى لا تتعارض في قرارها التنظيمي مع القوانين، فرقابة محلس البولة إذن مبسوطة على السلطة التنفيذية وحدها . اما السلطة التشريعية فلم ترد ان تقيم من مجلس الدولة رقيباً عليها، وهي تتحقق بنفسها في نهاية الأمر من أن مشروع القانون المعروض عليها لا يصطدم بالدستور. لذلك كان العرض على قسم التشريع، من حيث هو رقابة على مشروعات القوانين، ليس بإجراء جوهرى، فلا يكون الإخلال به موجياً لبطلان التشريع أما العرض على قسم التشريع، من حيث هو رقابه على القرارات التنظيمية، فهو إجراء جوهري، والإخلال به يتريب عليه بطلان القرار التنظيمي، وقد صدر بهذا المعنى الأخير حكم حديث من محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة⁽¹⁾.

(٣) إذا عرضً على أحد المحامين مشروع قانون وجب أخذ الراى فيه مادة. بهذا الإجراء تقضى المادة ١٠٤ من الدستور، وهو إجراء جوهرى، ولكن يسبق هذا مداولة المجلس في المشروع من حيث العبدا وأخذ الرأى على قبوله أو رفضه من الناحية وحدها، وقد رأينا أنه يجوز أخذ الرأى على المبدأ والمواد في وقت واحد دون أن يكون ذلك موجباً للبطلان، فتقديم الرأى في المبدأ على الرأى في المبدأ بالإجراء الجوهرى، ولكن إذا لم يؤخذ الرأى في المبدأ إطلاقاً ولم يتداول المجلس رأساً فيه لا قبل مناقشة المواد ولا عند مناقشتها، بل تداول المجلس رأساً في المواد وأقرها مادة مادة، أيكون هذا إجراء جوهرياً يترتب على الاخلال به البطلان؟ قد تختلف الأنظار في ذلك، ونحن نرى أن هذا الاجراء بيس بجوهرى، لأن الموافقة على المواد تفترض ضمنا إقرار المبدأ.

(٤) إذا اقترح عضو البرلمان مشروع قانون ورفضه البرلمان، فإن المادة ١٠٦ من الدستور لاتجيز تقديم هذا المرشوع ثانية في دور الانعقاد نفسه يعتبر إجراء الانعقاد نفسه فيل تقديم المشروع في دور الانعقاد نفسه يعتبر إجراء جوهرياً و وهل إذا قدم العضو المشروع ثانية في دور انعقاد نفسه واقره البرلمان، يكون التشريع باطلا؟ لانظن ذلك، لأن المادة ١٠٦ إنما هي خطاب من الدستور لعضو البرلمان الذي قدم المشروع، ينهاه فيه عن إضاعة وقت البرلمان في امر سبق له ان رفضه، وليست خطاباً للبرلمان في ينهاه فيه عن إقرار المشروع في دور الانعقاد نفسه إذا كان البرلمان قد رجع عن رأيه في المشروع وراي إقراره.

(°) إذا اقر البرامان مشروع قانون ولم يصدق عليه الملك ولكن لم يرده في مدى شهر لإعادة النظر فيه، أو صدق عليه واصدره ولكن لم ينشر، فإن مشروع القانون يصبح قانوناً بالرغم من عدم النشر في الحالتين. فالنشر إذن ليس باجراء جوهرى، بل ولا بإجراء واجب، في قيام القانون. ولكنه إجراء واجب في نفاذه. ويتريب على ذلك أنه

⁽۱) محكمة القضاء الاداري في ٢٦ فيراير سنة ١٩٥٧ (قضايا رقم ٨١٤ و ٤٨٩ و ٥٨٠ و ٥٨٠ ٩٠٠ السنة الرابعة القضائدة)

⁽م. ۲۱ مقالات د . السنهوري ج.۱)

إذا امتنعت السلطة التنفيذية عن نشر قانون وافق عليه البرلمان وصدق عليه واصدره، لم يكن هذا القانون نافذاً. ولكن امتناع الحكومة عن نشره يكون امراً مخالفاً للدستور، ويعتبر هذا الامتناع قراراً إدارياً سلبياً يجوز الطعن فيه بالالفاء، فإذا هو الغي فعلا، ولكن القانون مع ذلك لم ينشر، ايكون القانون نافذاً بمقتضى حكم الإلغاء، لم أن النشر الفعلى إجراء جوهرى لنفاذ القانون؟ قد يقال هنا إن الحكمة من نشر القانون هو عصول العلم به، والعلم لا يحصل إلا بالنشر الفعلى، وإذا امتنعت الحكومة عن نشر القانون تكون قد امتنعت عن تنفيذ حكم الإلغاء، ولا يعدل التنفيذ مجرد قيام الحكم فيما يقتضى التنفيذ فيه عملا إليجابياً مادياً، ولكن مجرد قيام الحكومة بالتعويض، على أن المحكوم بالتعويض، على أن الحردة الرسمية، وهذا الراي محل للنظر.

(٣) المحل

ويجب كذلك حتى يكون التشريع دستوريا أن يكون محله غير مخالف للدستور . ونستعرض في هذا الصدد مبداين أساسيين :

(أولا) حتى يكون محل التشريع غير مخالف للدستور ، يجب أن يكون متفقاً مع مبدأ الفصل ما بين السلطات ، وهو مبدأ مستفاد من المواد ٢٣ إلى ٣١ من الدستور .

(ثانياً) ويجب ايضاً أن يكون محل التشريع غير مخالف لنص من المصرص الدستورية التي ترسم للمشرع سلطة محددة (pouvor lie). أما ما يكون للمشرع فيه سلطة تقديرية (pouvoir discrétionnaire)، فهذه هي منطقة الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، لا منطقة مخالفة الدستور، كما سنري.

أولا مبدأ الفصل بين السلطات

تنص المادة ٢٣ من الدستور على أن وجميع السلطات مصدرها الأمة، واستعمالها يكون على الوجه المبين بهذا الدستور ه، وتنص المادة ٣٤ على أن السلطة التشريعية يتولاها الملك بالاشتراك مع مجلسي الشيوخ والنواب، وتنص المادة ٢٥ على أنه الا يصدر قانون إلا إذا قرره البرلمان وصدق عليه الملك، وتنص المادة ٢٩ على أن السلطة التنفيذية يتولاها الملك في حدود هذا الدستور، وتنص المادة ٣٠ على أن السلطة القضائية تتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها،

ويفهم من هذه النصوص ان الدستور وزع السلطات الثلاث. التشريعية والتنفيذية والقضائية. على هيئات ثلاث فصل فيما بينها، وجعل كل هيئة. تباشر سلطة معينة منها ولاتباشر غيرها.

فالبرلمان ـ ويشترك معه الملك أي السلطة التنفيذية في الحدود التي رسمها الدستور ـ يباشر السلطة التشريعية ، ولا يباشر سلطة تنفيذية أو سلطة قضائية إلا إذا كان هذا على سبيل الاستثناء وبمقتضى نص خاص في الدستور كما سبق القول .

والإدارة تباشر السلطة التنفيذية ، ولا تباشر سلطة تشريعية أو سلطة قضائية إلا إذا كان هذا على سبيل الاستثناء ، وبعقتضى نص خاص في الدستور أو بعقتضى عرف دستوري كما أسلفنا(1).

والقضاء يباشر السلطة القضائية. • وترتيب جهات القضاء وتحديد اختصاصاتها يكون بقانون • (م ١٢٥ من الدستور) . وكذلك الحال في المحاكم العسكرية ، إذ نص الدستور على أن • يوضع قانون خاص شامل لترتيب المحاكم العسكرية ويبان اختصاصها والشروط الواجب توافرها فيمن يتولون القضاء فيها • (م ١٣١) . والسلطة القضائية لا تعمل إلا عن طريق الفصل في الخصومات ، ولا يجوز أن تصدر تشريعاً أو قراراً

ونلمح من هذا معنى الفصل بين هذه السلطات الثلاث. فالسلطة التشريعية عملها هو التشريع، والسلطة التنفيذية عملها هو تطبيق هذا التشريع على الحالات الفردية، والسلطة القضائية عملها هو الفصل في الخصومات التي تقوم في شأن هذا التطبيق.

ولما كان بحثنا مقصوراً على السلطة التشريعية، وكان عمل هذه السلطة هو التشريع كما قدمنا، فعلينا الآن أن نبين الطبيعة القانونية (١) وتباشر الإبارة سلغة قضائية عن طريق اللجال الإبارية ذك الاغتصاص القضائي، وهذا في بعقتم عرف بسؤرى

للتشريع، حتى إذا خرج عمل البرلمان عن هذه الطبيعة، لم يكن تشريعاً وكان باطلا لمخالفة مجله للدستور.

طبيعية التشريع:

التشريع قاعدة عامة مجردة (règle générale et abstraite). هذه هي طبيعته ولا يجوز أن يخرج عنها . فإذا وضع البرلمان تشريعاً ، ولم يكن هذا التشريع قاعدة عامة مجردة ، بل كان قراراً فردياً وضع لحالة معينة بالذات ، كان باطلاً لخروجه عن طبيعة التشريع . ويحسن أن ننبه إلى الفرق بين ما نحن بصدده وما سبق أن قررناه من أن البرلمان إذا أصدر قراراً فردياً في غير الحالات التي نص عليها الدستور كان قراراً باطلاً . فنحن هنا نعرض إلى عمل يصدر من البرلمان على أنه تشريع لا على أنه قرار فردى ، فيجب أن يكون هذا الفعل متفقاً مع طبيعة التشريع في عمومه وتجرده ، وإلا كان باطلاً لعيب في المحل . أما هناك فكنا نعرض إلى عمل يصدر من البرلمان على أنه قرار قدرى لا على أنه تشريع ، فيجب أن يكون هذا العمل داخلاً ضمن القرارات الفردية التي جعلها الدستور على سبيل الاستثار على المنتشاء من اختصاص البرلمان ، وإلاكان باطلاً لعيب في الاختصاص البرلمان ، وإلاكان باطلاً لعيب في الاختصاص .

قلنا إن التشريع قاعدة عامة مجردة، وهذا هو المعيار المادى criter matériel للتشريع، وهو المعيار الذي يعتد به دون المعيار الشكلي critère matériel وإنما يعتد بالمعيار الشكلي عند تحديد مدى رقابة القضاء، فالتشريع إذا صدر من سلطة تنفيذية كان قراراً إدارياً وفقاً للمعيار الشكلي، وتكون رقابة القضاء عليه من حيث المدى هي عين رقابة على سائر القرارات الإدارية كما سبق القول، أما في غير رقابة القضاء فالمعيار الموضوعي هو المعتبر في التشريم.

ومعنى أن التشريع قاعدة عامة هو أنه لا يميز بين حالة فردية وحالةً فردية أخرى مماثلة مما يدخل في نطاق تطبيقه ، بل يطبق على جميع الحالات الفردية المتماثلة التي صدر منظماً لها على السواء ، وهو بهذا المعنى يحقق فكرة المساواة ، ومعنى أنه قاعدة مجردة هو أنه لا يوضع لحالة فردية بالذات ، بل يصدر مجرداً ليطبق على طائفة من الحالات الفردية ، فلا يستنفذ غرضه بمجرد تطبيقه على حالة منها ، وهو بهذا

المعنى ينفى فكرة التحيز ، ويلاحظ أن التشريع ، بحكم أنه قاعدة عامة ، يكون قاعدة مجردة . فصفة التجرد فرع عن صفة العموم . وهاتان الخصيصتان ، العموم والتجرد ، هما اللتان تضفيان على التشريع ما يمتاز به من القدرة على حماية الحقوق ، ويقول إسمان Esmcin في هذا المعنى : د إن الذي يسبغ على التشريع ميزته في حماية الحقوق هو طبيعته ذاتها ، فهو لا يقرر شيئاً لمصلحة فردية بل يتوخى مصلحة الجميع ، ولا يضع قاعدة لفرد بالذات ، بل يضعها لجميع الناس ، وفي وقائع مستقبلة ، وعلى وجه دائم ، (1).

فالتشريح إذا لم يكن عاماً مجرداً، بل قصد إلى حالة فردية بالذات، فقد طبيعة التشريع، وكان باطلاً لمخالفته الدستور في محله، ويأتي ديجيه التشريع، وكان باطلاً لمخالفته الدستور في محله، ويأتي ديجيه (Duguit) بأمثلة ثلاثة لتشريعات قصدت إلى حالات فردية، فاعتبرها باطلة، ولكنه قال إن القضاء الفرنسي لا يملك الرقابة عليها لأن القضاء في فرنسيا لا يجعل لنفسه إية رقابة على التشريع⁽⁷⁾. فقد صدر تشريع فرنسي في ١٣ من يوليو سنة ١٩٠٦ يقضي بإعادة ضابط بالذات نسمه بيكار (Picquar) من الاستيداع إلى الخدمة العاملة وبترقيته، وصدر تشريع ثان في اليوم ذاته بترقية الضابط دريفيس (Dreyfus) إستثناء من أحكام المادة ٤ من قانون ١٠ مارس سنة ١٨٨٠. وصدر تشريع ثالث في ٩ من يوليو سنة ١٩٠٧ يقضي بتسريح مجندي سنة ١٩٠٣ قبل الميعاد القانوني بإستثناء مجندي الفرقة السابعة عشرة من فرق المشاة الذين لم يطبعوا الأوامر التي صدرت لهم في يوم ٢١ من يونيه سنة ١٩٠٧ من منتصف الليل إلى ظهر ذلك اليوم، ولا شك في أن التشريعين الأولين ليسا إلا قرارين فرديين، أما الثالث فيختلف عنهما، وسنعود إليه فما يلي.

[«]Ce qui fait la vertu proterice de la lol, c'est sa conception méme, (\)) qu'elle statue non dans un intérét particulier, mais dans l'intérét commun, non à l'égard d'un individu isolé mais à l'égard de tous pour l'avenir et à toujours». (Esmein, Droit Const. 7 éd. 1 p. 23).

⁽۲) بهچیه می الفانون الدستوری طبعة ثانیة ۲ صر ۱۹۵۱ م ۱۹۵۷ ونری آن تشریعاً یحل مصل امر عرضی، کان قد صدر بحل جمعیة بعینها، یکون تشریعاً باطلاً لأنه قصد إلى حالة فرمیة دالذات.

والحق أن فكرة العموم والتجرد التي تنطوى عليها طبيعة التشريع هي الأساس الذي تقوم عليه الحماية المستعدة من القانون . وقد ظهرت هذه الحماية تدرجاً . فلم يكن التشريع في القديم هو مصدر القانون ، بل كان المصدر هو العرف . ثم تطورت المدنية وتقدمت ، وظهر التشريع مصدراً للقانون يحمى الناس بعمومه وتجرده . وامتدت الأفاق التي ينبسط فيها التشريع حتى اصبح في الوقت الحاضر هو المصدر الأول ، فحقق بفضل ما ينطوى عليه من عموم وتجرد ، تحقيقاً عملياً ، مبدأ سيادة القانون على principe de légalicy.

بعض حالات هامة يعتبر فيها التشريع عاماً مجرداً:

على أن القول بوجوب أن يكون التشريع عاماً مجرداً يدعو إلى استعراض بعض حالات هامة تحتاج إلى إطالة النظر . ذلك أنه لايمنع من العموم والتجرد ألا يطبق التشريع إلا مرة واحدة أو ألا يطبق إلا على فرد واحد . ولا يمنع أيضاً من العموم والتجرد أن يكون التشريع موقوتاً بمدة محدودة أو مقصوراً على مكان معين ، ولا يمنع أخيراً من العموم والتجرد أن يكون نطاق التشريع محصوراً في طائفة محدودة من الأشخاص أو الوقائع . ونستعرض هذه الحالات الثلاث ، وبخاصة الحالة الثالثة فهى الدقها جميعاً .

(١) قلنا إنه لايمنع التشريع من أن يكون عاماً مجرداً أنه لايطبق بالفعل إلا مرة واحدة. فقد يحدث أن تشريعاً عاماً مجرداً يطبق على حالة فردية واحدة، ثم الفي قبل أن يطبق على حالة فردية أخرى، فما دام التشريع قد كان في ذاته عاماً مجرداً، وقد اعد للتطبيق على جميع الحالات الفردية التي تدخل في نطاق تطبيقه، فإن صفتى العموم والتجرد تبقيان له حتى لو لم يطبق بالفعل إلا مرة واحدة، إذ العبرة هنا بالقابلية للتطبيق لا بالتطبيق الفعلي.

كذلك لايمنع التشريع من أن يكون عاماً مجرداً أنه يطبق على فرد واحد، ما دام قابلا لأن يتكرر تطبيقه على كل فرد يخلفه. فالتشريع الخاص بوراثة العرش لايطبق في وقت معين إلا على فرد واحد هو من يرث العرش، ولكنه معد للتطبيق على جميع من يرثون العرش دون حصر، متعاقبين واحداً بعد الآخر . كذلك يكون عاماً مجرداً تشريع صدر لمناسبة شخص بالذات لصفات تميزه ، ما دام هذا التشريع يطبق على كل شخص مثله .

(٣) ولا يمنع التشريع من أن يكون عاماً مجرداً أن يكون تشريعاً موقعة بعددة و الأحكام موقعة والأحكام الوقتية والأحكام الانتقالية التى تختتم بها عادة التشريعات الهامة ، وكذلك التشريعات التى قصد أن يكون تطبيقها في خلال وقت معين كالتشريعات التى تصدر في اثناء الحرب وتحدد لها مدة معينة أو ينصن فيها على أن تبقى إلى إنتهاء الحرب في ما دام التشريع يطبق طوال المدة المحددة على جميع الحالات الفردية التى تدخل في نطاق تطبيقه دون تمييز بين حالة وأخرى ، وما دام لايقصد إلى حالة فردية بالذات من هذه الحالات ، فهو عام مجرد ولو عن المدة المحدودة التى يطبق فيها .

كذلك قد يكون التشريع محدوداً، لا بالنسبة إلى الزمان، بل بالنسبة الى المكان، فيطبق على جميع الحالات الفردية المحصورة في المكان، دون تمييز بين حالة و اخرى ودون قصد إلى حالة فردية بالذات، مثل ذلك ما نص عليه قانون رقم ١١٥ السنة ١٩٤٦ من أنه ؛ ابتداء من تاريخ نفاذ هذا القانون يبطل العمل في المناطق والجهات المبينة في المادة الثانية بالنظم والإجراءات القضائية الخاصة المتبعة فيها الآن، ويستبدل بها عليه قانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٤٧ من أنه * يجوز أن تزرع جميع اصناف عليه قانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٤٧ من أنه * يجوز أن تزرع جميع اصناف القطن في المنطقة الشمالية من الوجه البحرى المبينة بالملحق المرافق لهذا القانون ولوزير الزراعة بقرار يصدره أن يمنع زراعة أي صنف من أصناف القطن خيا المنطقة المبينة في الملحق المرافق المبينة في الملحق المرافق المبينة أراضي المملكة غير أصناف القطن الأشموني والزاجورة ٣٠ والجيزة اراضي المملكة غير أصناف القطن الأشموني والزاجورة ٣٠ والجيزة

واخيراً لايمنع التشريع من أن يكون عاماً مجرداً أن يكون نطاقه محصوراً في طائفة محدودة من الأشخاص أو الوقائع، ما دام لايميز في هذه الطائفة المحدودة بين شخص وشخص أو بين واقعة وواقعة، وما دام لايقصد به أن يطبق على شخص معين أو على واقعة بالذات. فهو عام مجرد في حدود هذه الطائقة المحددة من الأشخاص أو الوقائع، كما رايناه عاماً مجرداً في حدود مدة معينة أو في حدود مكان معين. فالتشريع قد يكون إذن محدود التطبيق من حيث الزمان أو المكان أو الأشخاص أو الوقائع، ويبقى مع ذلك عاماً مجرداً.

وهذه الحالة الثالثة هي اهم الحالات المتقدمة كما سبق القول إذ يقع فيها كثير من اللبس، وقد يؤدى هذا اللبس إلى إعتبار تشريعات محدودة من حيث الأشخاص أو الوقائع تشريعات باطلة لمخالفتها للدستور. رأينا ذلك فيما قدمناه عن ديجيه عند ما عد التشريع الفرنسي الصادر في ٩ من يوليو سنة ١٩٠٧ بمنع طائفة محدودة من مجندى سنة ١٩٠٧ من الانتفاع بالتسريح المبكر، تشريعاً باطلاً إذ اعتبره تشريعاً فردياً. ونميل إلى اعتبار هذا التشريع عاماً مجرداً، وإن كان لايطبق إلا على طائفة الي اعتبار هذا التشريع عاماً مجرداً، ولا تكان لايطبق إلا على طائفة سنة ١٩٠٧ من يونيه سنة ١٩٠٧ من يونيه هؤلاء الأشخاص وما دام لايميز في التطبيق بين شخص وآخر من هؤلاء الأشخاص وما دام لايقمد إلى شخص منهم بالذات. على أنه يمكن القول من جهة آخرى أن هذا التشريع منطو على انحراف في إستعمال السلطة، لأنه يغفي عقوية مقنعة لا يملك توقيعها إلا مجلس عسكرى(١٠).

والقول بغير ذلك يؤدى إلى نتائج خطيرة ، فإن كثيراً من التشريعات تصدر غير معدة للتطبيق إلا على طائفة محدودة من الأشخاص أن الوقائع ، فاعتبارها تشريعات باطلة من شأنه أن يفوت على المشرع فرصة التشريع فى أمور خطيرة وأن يعطل كثيراً من المصالح الهامة . وما بمنا قد سلمنا فى تطبيق التشريع بإمكان التحديد من حيث الزمان أو المكان ، فما الذى يعنع من إمكان التحديد من حيث الأشخاص أو الوقائع ، وما الفرق بين يعنع من إمكان التحديد من حيث الأشخاص فى نظرنا ألا يميز التشريع تحديد فى هذه الأحوال جميعاً ؛ المهم فى نظرنا ألا يميز التشريع

 ⁽١) انظر في هذا المعنى مقالا لبارتاسي في مجلة القانون العام والطوم السياسية سنة ١٩٠٧
 صن ٤٧٤ وما يعدها.

بين شخص وشخص أو بين واقعة وواقعة ، والا يقصد إلى شخص معين او إلى واقعة بالذات ، فهذا هو الذي يجعل التشريع عاماً مجرداً ، حتى لو لم يعد للتطبيق إلا على طائفة محدودة من الأشخاص أو الوقائع وناتى بأمثلة من التشريعات المصرية التي صدرت في السنوات الأخيرة نستشهد بها على ما قدمنا ، وهي تشريعات محدودة التطبيق من حيث الأشخاص أو الوقائع وقد تعمدنا الإكثار من الأمثلة التي نوردها ، وقصدنا أن تكون قد صدرت كلها في حقبة قصيرة من الزمن ، لا تكاد تجاوز سبع السنوات الأخيرة ، لندل بذلك على أن المشرع المصري يلجاً كثيراً إلى هذا النوع من التشريع ، ولا يجد عنه غناه :

قانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٧ : وينص على أنه وإستثناء من حكم الفقرة الأولى من المادة ٩٧ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ الخاص بفرض ضريبة على إيرادات رؤوس الأموال المنقولة وعلى الأرياح التجارية والصناعبة وعلى كسب العمل، والمعبلة بالقانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٤ ، تعتبر المبالغ التي استحقت في المدة من أول سيتمبر سنة ١٩٣٨ إلى آخر ديسمبر سنة ١٩٤٤ بصفة ضريبة على إيرادات رؤوس الأموال المنقولة وعلى الأرباح التجارية والصناعية وعلى الأرباح الاستثنائية واجبة الأداء، ولا يسقط حق الحكومة في المطالبة بها الابمضى عشر سنوات بالنسبة لسنوات ۱۹۳۸ و ۱۹۳۹ و ۱۹۴۰ ، وتسم سنوات لسنة ١٩٤١ ، وثماني سنوات لسنة ١٩٤٢ ، وسيم سنوات لسنة ١٩٤٣ ، وست سنوات لسنة ١٩٤٤ء. فهذا تشريع لايطبق إلا على طائفة محدودة من الضرائب، هي الضرائب التي استحقت في المدة من أول سبتمبر سنة ١٩٣٨ إلى آخر سيتمبر سنة ١٩٣٨ إلى آخر ديسمبر سنة ١٩٤٤، تزاد بالنسبة إليها مدد التقادم حتى تتمكن الحكومة من مطالبة العمولين بها . وقد سبق هذا التشريم تشريم مماثل هو القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٤ . ونرى أن كلا من هذين التشريعين تشريع عام مجرد، إذ هو لا يميز بين ضربية وضربية من الضرائب التي تدخل في نطاق تطبيفه، ولا يقصد إلى ضربية منها بالذات، ووجه التحفظ عندنا في كل من التشريعين هو ما قرره من الزيادة في مدة التقادم، فقد يكون في هذه الزيادة، لا مخالفة للدستور ، بل إنحراف في إستعمال السلطة التشريعية على النحو الذي سنبينه في مكان أخر.

قوائين التضمينات (bills of indemnity) : من ذلك قانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٤٧ وينص على ما يأتى: «الاتسمم أمام جهة قضائية أية دعوى أو طلب أو دفع يكون الغرض منه الطعن في أي أمر أو تصرف أو تدبير أو إعلان أو قرار وبوجه عام أي عمل صدر ابتداء من تاريخ العمل بالمرسوم بقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٥ من وزير المالية أو أحد الحراس العاملين أو مندوبيهم أو مدير مكتب البلاد المحتلة والخاضعة للرقابة في طل النظام المقرر بالرسوم بقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٤٥ والمرسوم بقانون رقم ١٠٤ لسنة ١٩٤٥ حتى نهاية العمل بهذا النظام، ولا تجوز متابعة السير في الدعاوى المرفوعة قبل سريان هذا القانون ، ومن ذلك ايضاً قانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٥٠ وينص على ما يأتي: «لاتسمم امام اية جهة قضائية اية دعوى أو طلب أو دفع يكون الغرض منه الطعن في أي إعلان رُو تصرف أو أمر تدبير أو قرار وبوجه عام أي عمل أمرت به أو تولقه السلطة القائمة على لجراء الأحكام العرفية أو مندوبوها أو وزبر المالية أو أحد الحراس العاملين أو مندوبيهم عملا بالسلطة المخولة لهم بمقتضى نظام الأحكام العرفية ء . فهذان تشريعان ينظمان طائفة محدودة من الأعمال صدرت من جهة معينة في وقت معين محدد البداية والنهاية ، فيمكن إذن حصر هذه الأعمال بالذات، والتنظيم هنا أت من ناجية عدم جواز الطعن في هذه الأعمال امام آية جهة قضائية والتشريعان ليس هما المؤقتين من ناحية الزمان ، بل الأعمال التي ينظمانها هي المؤقتة بتاريخ معين ، وعندنا أن هذين التشريعين ينطويان على العموم والتجرد ، لأنهما لا يميزان في الأعمال التي ينظمانها بين عمل وعمل، ولا يقصدان إلى عمل منها بالذات. ونتحفظ هنا أيضاً ، كما تحفظنا في التشريع الخاص بزيادة مدة التقادم بالنسبة إلى بعض الضرائب، فقد يكون في مدم السلطة القضائية بتشريع من نظر الدعوى عن مسئولية مقررة إنحراف في إستعمال السلطة التشريعية . وسنعود إلى هذه المسالة في مكان آخر .

قانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٥٠؛ وينص على انه بيؤذن لمن سبق الترخيص لهم بمزاولة مهنة جراح أو طبيب اسنان بالمطكة المصرية وقت العمل بهذا القانون في ان يستمروا في مزاولة المهنة ولو لم تتوافر فيهم الشروط المبينة في هذا القانون بشرط أن يطلبوا قيد اسمائهم في سجل جراحي واطباء الأسنان في مدى ستة أشهر من تاريخ العمل بهذا القانون وعلى أن يسرى أحكام هذا القانون و فهنا أيضاً تشريع ينظم طائفة محدودة من الأشخاص ، هم الذين سبق لهم الترخيص في مزاولة مهنة طب الأسنان إلى وقت معين ، وهؤلاء جماعة أخادها معروفون بالذات ، ولكنه تشريع لا يميز في هؤلاء الأشخاص بين شخص وآخر ، ولا يقصد إلى شخص منهم بالذات ، فهو تشريع عام مجرد .

قانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٥٠ ونص على أنه وتعتبر صحيحة الأعمال والأحكام والقرارات الصادرة من المجلس العام لطائفة الأقباط الأرثونكس في حدود اختصاصه في الفترة ما بين ٢٥ اكتوبر سنة ١٩٤٩ وتاريخ العمل بهذا القانون و هذا التشريع يصحح أعمالا معينة صدرت في مدة محددة معروفة الابتداء والانتهاء ومع ذلك فهو تشريع عام مجرد ، إذ هو لابعين في الأعمال التي يصححها بين عمل وعمل ، ولا يقصد بالتصحيح عملا معيناً بالذات . ويرد عليه التحفظ الذي اوردناه على بعض التشريعية .

قانون رقم 20 اسنة ١٩٥٠: وينص على أن ، جميع القضايا المنظورة الآن امام محكمة استئناف المنصورة والتي اصبحت بمقتضى المادة السابقة من اختصاص محكمة استئناف الاسكندرية تحال بأوامر تصدرها المحكمة من تلقاء نفسها إلى محكمة استئناف الاسكندرية بمقتضى هذا القانون، وذلك لجلسات محددة وبالحالة التي هي عليها وبدون مصاريف، فهذا تشريع ينظم، من ناحية إلاحالة على محكمة اخرى، طائفة معينة من القضايا محصورة العدد، ولكن التشريع لايميز في هذه القضايا بين قضيةواخرى، ولا يقصد إلى واحدة منها بالذات، فهو تشريع عام مجرد

قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٥٠؛ وينص على أن «تعفى المنحة المالية ومقابل مصاريف العودة التي قررها مجلس الوزراء في ١٢ يوييه سنة ١٩٤٨ لرجال القضاء الأجانب في المجاكم المختلطة من الضريبة على كسب العمل المقررة بالقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ ومن الضريبة العامة على الإيراد المفروضة بالقانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٩ . فإذا قلنا إن رجال القضاء الأجانب في المحاكم المختلطة الذين قرر لهم مجلس الوزراء

في ١٢ يونيه سنة ١٩٤٩ منحة مالية ومقابلا لمصدوفات العودة كانوا قد عرفوا بالذات شخصاً شخصاً في سنة ١٩٥٠ عند صدور هذا التشريع . كان من الواضح أن يكون التشريع قد نظم طائفة محدودة من الأشخاص في أمر من أمورهم ، هو إعفاء بعض أموالهم من ضرائب معينة . ولكن التشريع لم يميز في هذا التنظيم بين شخص وشخص ، ولم يقصد إلى شخص بالذات ، فهو تشريع عام مجرد - ومثل ذلك أيضاً قانون رقم ١٥ لسنة ١٩٤٩ وينص على ما يأتى : وينقل بحكم هذا القانون إلى جدول المحامين أمام المحامين أمام المحاكم الوطنية وبترتيب اقدميتهم جميع المحامين المغتلطة والجدول المحامين أمام المحاكم المختلطة والجدول الملحق به الخاص بالمحامين تحت التمرين ... : وكذلك القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٤٩ وينص على ما يأتى وينقل مستشارو محكمة الاستثناف المختلطة المصريون والمحامي الأول عند نهاية غترة الانتقال إلى محاكم الاستثناف الوطنية بمرتباتهم التي يتقاضونها ، وتعتبر اقدميتهم بالنسبة إلى زملائهم في محاكم الاستثناف الوطنية من تاريخ المرسوم الصادر بتعيينهم في وظائفهم ... (١٠).

قانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٤٦ : وتنص على أن والامتحانات التى أديت في القاهرة لنيل إجازة الليسانس الفرنسية في الحقوق في الفترة من سنة ١٩٤٠ إلى نهاية سنة ١٩٤٥ يكون حكمها فيما يتعلق بتطبيق احكام المادة الثانية من الأمر العالى الممادر في ١٠ ابريل سنة ١٨٩٧ حكم ما لو كانت أديت بالمقر الشرعي لكلية الحقوق بجامعة باريس بشرط أن يكون من نال هذه الإجازة حاصلا على شهادة البكالوريا المصرية أو أية شهادة اخرى تعتبرها وزارة المعارف معادلة للبكالوريا المصرية.

⁽۱) منا يتصور ، نظريا على الأقل ، أن مستشارى محكمة الاستثناف المختلفة المصريين والمحامى الدام المنتسفة المصريين والمحامى الدام المنتسفية والانتشار بتغيير بمضهم من والتحصور القائرين إلى نهاية قدة الانتشار القائرة المنتشفة عني منظمة التأثير المنتشفة المنتسفة المنتشفة المنتسفة المنتشفة المنتسفة المنتسفة المنتسفة الذين يستفنى عن خدمتهم لمناسبة إلحاء هذه المحلكم على عابد المنتشفة الذين يستفنى عن خدمتهم لمناسبة إلحاء هذه المحلكم على المنتشفة الذين يستفنى عن خدمتهم لمناسبة إلحاء هذه المحلكم على المنتسفة المنتسفة الذين يستفنى عن خدمتهم لمناسبة إلحاء التريين يستفنى عن خدمتهم لمناسبة إلحاء هذه المحلكم على المنتسفة المنتسفة المنتسفة على المنتسفة المنتسفة المنتسفة التريين المنتسفة عنديد من يستقنى عن خدمت منهم مناسبة عديد من يستقنى عن خدمته منهم .

فهذا ينظم التشريع طائفة محدودة من الوقائع، هي امتحانات معينة أديت في فثرة محدودة التاريخ، ولكنه لابميز في هذه الامتحانات بين امتحان وأخر ولا يقصد إلى امتحان منها بالذات، فهو تشريع عام مجرد. أما القانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٤٨ الخاص مكلية طب العباسية ـ وينص على انهيصم في تعيين الأساتذة والأساتذة المساعدين بكلية طب العباسية التجاوز عن الشرطين الأولين. . . ويعمل بهذا التجار ابتداء من تاريخ العمل مالقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٦٧ حتى نهامة السنة الجامعية ١٩٤٧ - ١٩٤٨ - فهو ايضاً تشريع عام مجرد، وهو فوق ذلك يسرى على طائفة غير محدودة من الأشخاص هم الذين يعينون اساتذة أو أساتذة مساعدين في خلال السنة الجامعية ١٩٤٧ - ١٩٤٨ . وإذا كان هذا التشريع ذا أثر رجعي إذ هو يسرى على التعيينات السابقة على وقت العمل به ، قان هذا لايمنع من صحته لأنه بجوز أن يكون التشريع ذا أثر رجعي ما دام قد تضمن نصاً خاصاً على الرجعية . وبلاحظ أن الرجعية بطبيعتها ، في أي تشريع، تجعل هذا التشريع يسري على طائفة محدودة من الأشخاص أو الوقائع، هي الطائفة التي وجدت في خلال المدة التي جعل فيها التشريع رجعياً.

المرسوم بقانون رقم ١٤٤٨ لسنة ١٩٤٤: وينص على ما يأتى: وم
١ - تبطل جميع الترقيات والعلاوات الاستثنائية التى منحت للموظفين في
المدة من ٦ فبراير سنة ١٩٤٢ إلى ٨ اكتوبر سنة ١٩٤٤ ... م ٢ -
تبطل فيما يتعلق بالدرجة والماهية جميع التعيينات الاستثنائية
الصادرة .. في المدة من ٦ فبراير سنة ١٩٤٢ إلى ٨ اكتوبر سنة ١٩٤٤ و
كذلك جميع التعيينات التى تقررت في المدة المذكورة خلافاً لأحكام
المرسوم الصادر في ٨ فبراير سنة ١٩٢٥ إلى ٨ اكتوبر المحادرة
المرسوم الصادر في ٨ فبراير سنة ١٩٢٥ ... م ٧ ـ القرارات الصادرة
بابطال الترقيات والعلاوات والتعيينات والمعاشات الاستثنائية أو بتعديلها
الدعاوي التي ترفع إليها بسبب تطبيق احكام هذا المرسوم بقانون ، فهذا
الدعاوي التي ترفع إليها بسبب تطبيق احكام هذا المرسوم بقانون ، فهذا
تشريع يطبق على طائفة محدودة من الوقائع . هي الترقيات والعلاوات
والتعيينات والمعاشات الاستثنائية التي منحت للموظفين في فترة محدودة
من الزمن تقع بين تاريخين معلومين . ولكنه تشريع لا يميز في هذه
من الزمن تقع بين تاريخين معلومين . ولكنه تشريع لا يميز في هذه

الوقائع بين واقعة وواقعة ، ولا يقصد إلى واقعة منها بالذات ، فهو تشريع عام مجرد . وإذا كانت هناك ملاحظة يجوز إيداؤها ، فقد يقال إن التشريع بحكم الإبطال الذي قرره لم يكن في حاجة إلى منع المحاكم من سماع الدعاوى التي ترفع في هذا الشأن . على إن المنع محل للنظر . فهو إذا قصد به منع الدعاوى عن قرارات تصدر مخالفة التشريع ، كان المنع غير جائز إذ هو يخلى الحكومة من مسئوليتها عن مخالفة القانون . وإذا قصد به منع الدعاوى عن قرارات لا تخالف التشريع كان محدود الأهمية من الناحية العملية إذ هو لا يؤدى إلى اكثر من جعل المحكمة تفضى بعدم قبول الدعاوى بدلا من أن تقضى برفضها أن . وحتى هذا ، القول إن فيه أخلال بحق التقاضى ، وسنعود إلى هذه المسألة في مكان آخر . وما قبل في هذا التشريع من حيث العموم والتجرد يقال في تشريع يناظره صدر أخيراً في سنة ٢٥١٢ ، ويقضى هو أيضاً بإلغاء طائفة معينة من الاستثناءات سبقت صدوره . غير أن التشريع الأخير لم يشتمل على نص

ويتبين مما قدمناه أن هناك كثيراً من التشريعات لا تسرى الا على طائفة محدودة من الأشخاص أو من الوقائع، وليس ثمة ما يمنع من أن تكون هذه التشريعات عامة مجردة مادامت لا تميز بين شخص وشخص أو بين واقعة وواقعة ومادامت لا تقويد إلى شخص معين أو إلى واقعة بالذات. وقد يعترض على هذا النظر بأن التشريع لطلثفة محدودة من الأشخاص أو الوقائع يختلط بالقرار الإدارى، إذ يجوز أن يتناول قرار واحدا. ولكن هذا الاعتراض لا يؤدى إلى أكثر من تقرير أن الطائفة المحدودة من الأشخاص أو الوقائع تصلح أن تكون محلا لقرار إدارى كما المحدودة من الأشخاص أو الوقائع تصلح أن تكون محلا لقرار إدارى كما الإدارى المتشريع في هذه الناحية. فالقرار الإدارى إنما ينظر إلى الطائفة المحدودة باعتبارها أفراداً معينين بالذات تجوز التسوية بينها كما تجوز التضوية، أما التشريع فينظر إلى الطائفة المحدودة باعتبارها مجموعاً لا المحدودة باعتبارها مجموعاً لا المتاتورة التمييز بين افراده. ثم إن القرار الإدارى الكانور الكرار الإدارى الكانور الكرار الإدارى الكرارة أنه فيه ولا يجوز التمييز بين أفراده. ثم إن القرار الإدارى الكانور الكرار الكرارة أنها القرار الإدارى الكرار الكرار الكرارة أنها التشريع فينظر إلى المائفة المحدودة باعتبارها مجموعاً على القرار الكرار ا

۱ ص ۳۷۴ ـ ص ۲۸۳

يجب أن يكون فى حدود القوانين القائمة فلا يجوز أن يخالف تشريعاً قائماً معمولا به وقت صدوره، أما التشريع فيجوز أن يخالف تشريعاً قائماً فينسخه و الواقع من الأمران الذى يدعو المشرع فى الكثرة الغالبة من الاحوال إلى التدخل لتنظيم طائفة محدودة من الأشخاص أو الوقائع هو بالذات رغبته فى أن ينسخ تشريعاً قائماً بتشريعاً جديد، حيث لا يستطاع ذلك عن طريق القرار الادارى.

ثانيا ـ مخالفة التشريع في محله لنص من نصوص الدستور التي ترسم للمشرع سلطة محددة.

قلنا انه يجب ايضاً ان يكون محل التشريع غير مخالف لنص دستورى من النصوص التى ترسم للمشرع سلطة محددة (ponvor 16). ونستطيع ان نقسم هذه النصوص الدستور إلى طائفتين: طائفة تتعلق بالحريات والحقوق العامة، واخرى لا تتعلق بها.

النصوص المتعلقة بالحريات والحقوق العامة:

سبق أن قررنا أنه بمكن القول بأن تحديد حرية من الحريات الدستورية أو تنظيم حق من الحقوق العامة للأفراد ، مما نص الدستور على ان يكون تحديده أو تنظيمه بقانون. لا يجوز أن يتم عن طريق مرسوم بقانون على الوجه المبين في المادة ٤١ من الدستور ، ويستند هذا الرأي إما إلى أن الدستور اشترط أن تكون إداة التنظيم في الحريات العامة هو القانون، فالمرسوم بقانون يكون إذن مشوبا بعيب في الاختصاص، أو إلى أن المرسوم بقانون يقتضي قيام ضرورة لا تقوم عادة في صدد تنظيم الحريات العامة، فالمرسوم بقانون يكون إذن منطوياً على انحراف في استعمال السلطة التشريعية. فيجب في كلا الاعتبارين أن يكون تنظيم الحقوق والحربات العامة عن طريق قوانين يقررها البرلمان، وهنا يجعل الدستور للبرلمان سلطة تقديرية في هذا التنظيم، على ألا ينحرف بها عن الغرض المرسوم . فالدستور لم يقصد نقص الحريات والحقوق العامة أو الانتقاص منها ، بل قصد تنظيمها . فإذا خرج المشرع على هذا الغرض ، فنقض الحربات والحقوق العامة أو انتقص منها ، كان التشريع مشوباً بالانحراف في استعمال السلطة التشريعية ، ومن ثم يكون باطلا . وسيأتي تفصيل ذلك عند الكلام في الانحراف في استعمال السلطة التشريعية. على أنه يوجد إى جانب الحريات والحقوق العامة التى يجوز تنظيمها بقانون حريات أخرى وحقوق عامة لا يجيز الدستور تقييدها بتشريم يقرره البرلمان . فهذه لم يجعل الدستور للمشرع عليها من سبيل . بل هي حريات وحقوق تجوز تسميتها بالحريات والحقوق المطلقة ، فلا يجوز للمشرع أن يتدخل بتشريع في تحديدها ، وإلا كان التشريع باطلا لمخالفة للدستور(¹). ونورد بعض النصوص الدستورية في هذا الصدد :

تنص المادة ٣ من الدستور على ما يأتى: «المصريون لدى القانون سواء، وهم متساوون فى التمتع بالحقوق المدنية والسياسية وفيها عليهم من الواجبات والتكاليف العامة، لا تمييز بينهم فى ذلك بسبب الأصل او اللغة أو الدين، قحق المصريين فى المساواة حق عام مطلق لا يجوز تحديده. وإذا صدر تشريع يحدد من هذا الحق، بأن جعل لطائفة من المصريين امتيازاً على غيرها من الطوائف مما يخل بحق المساواة، المصريين المصريين من بعض الواجبات والتكاليف العامة، كان هذا التشريع باطلاً لمخالفته لنص العادة ٣ من الدستور وتطبيقاً لهذا المحريين، هى طائفة العربان، من الدستور وتطبيقاً لهذا المعربين، هى طائفة العربان، من الخدمة القصورين، هى طائفة العربان، من الخدمة العصورين، هى طائفة العربان، من الخدادة على العربان، عن العربان، عن العربان، عن العربان، عن العربان، عن العربان العربان، عن العربان العربان العربان، عن العرب

⁽١) وهذا التقريق بين الحريات والحقوق العامة المطلقة والحريات والحقوق العامة التي بجور
تتنظيمها بقانون سجلته ممكمة القضاء الإداري في احد المكافها والمسادر في ٢٦ يونية سنة (١٩٥)
على الوجه الآتي ، ومن حيث إن السنترر قد الورد بابأ خاصاً يقرر مها حقوق المصريين العامة
على الوجه الآتي ، ومن حيث المعتار عليه من المكام ، وقد قصد به ، كما جاء في التقرير المرفوع من
لهيئة المستور ، ان يكون وضعاً فانونياً له مكم العستور وعلوه على القوانين العادية ، وحتى يكون
فيذاً الشارع المصمري لا يتعداه فيما يسنه من الأمكام ، ومن حيث إنه يستغلص من النصوص الواردة
فيذاً الشارع المصمري المناه المنتقبينية المشتور على مناه المنتوب عن التقرير المطوق العامة
المحربين إنما هي خطاب من العستور على عيد فيه من حربة المستور عالى الحربة الملاقعات المستور ما قرره في
المدرة المعادة وبيع للشرع تنظيمها من غير نقض أو انتقاص ، وطوراً يطلق الحربة الملاقعات لاستور ما قرره في
العدادة المثالث عن من أن العصريين لدى القانون سواءه ، وهم متساوون في التمتم بالحصول العدنية
والمساسية وفيما عليهم من الواجبات والثاليف المعادة ، لا تعييز بينهم في نلك بسبب الأصال إلا المنة
أو القدين ومن الحربات التي اباح فيها العستور التنظيم المشرع ما ورد في العادة الرابعة عشرة من
في حدود القانون (مهترعة سجلس الاصال إدبير بنظفياه الادارى ه رقم ١٩٧٧ من ١٩٠٤ من ١٩٠٤) .
في حدود القانون (مهترعة سجلس الموات على فكره ما الموارى من قرم ١٩٧٧ من ١٩٠٩) .

التشريع الذي يجحف بطائفة من المصريين، فيخل بالمساواة بينها وبين الطوائف الأخرى، ومن ثم جاز التساؤل هل يكون دستورياً التشريم الذي بحرم المرأة من حق الانتخاب أو من حق تولى المناصب العامة إذا توافرت فيها الشروط الواجب توافرها لمباشرة حق الانتخاب أو لتولى منصب معين من المناصب العامة. ولايكفي في هذا الشأن أن يقال إن المساواة قد تحققت بحرمان النساء جميعاً من عق معين ، فإن المساواة في الحرمان إمعان في الحرمان، وهي إخلال بالغ بالمساوة بين الجنسين. كذلك لا يكفى القول إن الدستور لم يحظر ، في الإخلال بالمساواة ، إلا أن يكون ذلك بسبب الأصل أو اللغة أو الدين، فإن هذه أسباب لم ترد على سبيل الحصر ، ولاشك في أن الجنس ، كالأصل واللغة والدين ، لا يصح أن يكون سبباً للإخلال بالمساواة في الحقوق والواجبات ، إلا قيما يكون الجنس فيه عائقاً طبيعياً أو إجتماعياً عن القيام بواجب أو عن التمتع بحق. ومن ثم كان مستساغاً إعفاء المراة من الخدمة العسكرية على الوجه الذي نظمت به هذه الخدمة للرجال ، وليس ثمة ما يمنع من تنظيم خدمة عسكرية تلائم طبيعة المراة. ومن ثم ايضاً كان مستساغاً حرمان المراة من بعض المناصب التي لا تليق لها أجتماعياً في الوقت الحاضر ، حتى إذا تطور المجتمع المصرى وجب تحقيق المساواة بين المراة والرجل في هذه ألمِثامين(١).

ب وتنص الماءة ٦ من الدستور على ما ياتى دلا جزيفة ولا عقوبة الإنباء على قانون، ولا عقوبة الإنباء على قانون، ولا عقاب إلا على الألعال اللاحقة لمناور القانون، الذي ينص عليها ، ومن ثم إذا صند تشريع يعاقب على قمل سابق على صموره، كان هذا التشريع، باطلاً تمخالته للسنور وقي غير الجربية والعقوبة يجود إن يكون للتشويع الله وجعى بنص حاصر وققة للكادة ٧٧ من الدستور.

وتنص المادة ٧ من البستور على سيرسي: دولا يجوز إنه لا مصرى . من النيار المصرية ؛ فإذا صدر تشا مع يجيّز إيماد مصري عن مصر، .

⁽١) وتقدير ما إذا كانح الدراة الا أصبحت التقالجيناعيا لمبائدة حق أو لتهان منصبه تدرواد العشرع في سخاة التشريع ، وللإدارة في حالة القرار الإداري ، على الا يكون هناك إنها الدون استمبال . " البلطة التشريطة أن البلطة الإدارية .

⁽م- ۲۷ مقالات د . السنهوری جـ ۱)

كان هذا التشريع باطلاً لمخالفته الدستور . وكايعاد المصرى عن بلده منعه من الرجوع اليها بعد أن خرج منها ، والتشريع الذي يجيز هذا المنع يكون باطلاً .

وتنص المادة ٩ من الدستور على أن: اللملكية حرمة ، فلا ينزع عن أحد ملكه إلا بسبب المنفعة العامة في الأحوال المبينة بالقانون ، وبالكيفية المنصوص عليها فيه ، وبشرط تعويضه عنه تعويضاً عادلاً ، فلا يجوز إنن أن يباح بتشريع نزع الملكية لفير المنفعة العامة أو دون تعويض أصلاً أو دون تعويض عادل ، وإذا صدر تشريع يبيح هذا كان باطلاً لمخالفته للدستور .

وتنص المادة ١٠ من الدستور على أن: «عقوبة المصادرة العامة للأموال محظورة». فالتشريع الذي يبيح المصادرة العامة للأموال يكون باطلاً لمخالفته للدستور.

وتنص المادة ١٢ من الدستور على ان: ، حرية الاعتقاد مطلقة ، . فالتشريع الذي يغرض ديناً معيناً أو مذهباً دينياً على الناس يكون باطلاً لمخالفته للدستور كذلك التشريع الذي يقيد من حرية القيام بالشعائر الدينية في حدود العادات المرعية يكون باطلاً لمخالفته للمادة ١٣ من الدستور ، وهي تنص على أن ، تحمي الدولة حرية القيام بشعائر الأديان والعقائد طبقاً للعادات المرعية في الديار المصرية ، على الايخل ذلك بالنظام العام ولا ينافي الأداب ،

وتنص المادة ١٥ من الدستور على أن «الصحافة حرة في حدود القانون. والرقابة على الصحف أو وقفها أو القانون. والرقابة على الصحف محظورة، وإنذار الصحف أو وقفها أو الخائها بالطريق الإداري محظور كذلك إلا إذا كان ذلك ضرورياً لوقاية النظام الإجتماعي»، فالتشريع الذي يجيز إنذار الصحف أو وقفها أو الغائها بالطريق الإداري لفير وقاية النظام الإجتماعي، وتقدير ما يدخل في دائرة النظام الإجتماعي متروك للمشرع، على الاينحرف في استعمال سلطته التشريعية عن الغاية التي قصد الدستور إلى تحقيقها.

وتنص المادة ١٦ من الدستور على ماياتى: «لايسوغ تقييد حرية أحد في إستعماله أية لغة أراد في المعاملات الخاصة أو التجارية أو في الأمور الدينية أو في الصحف والمطبوعات أياً كان نوعها أو في الإجتماعات العامة ه. فالتشريع الذي يفرض لغة معينة ، ولو كانت اللغة العربية ، في المعاملات الخاصة او في التجارة او في الدين او في الأمور العامة من صحافة ونشر وإجتماعات ، يكون تشريعاً باطلاً لمخالفته للدستور . ولكن يجوز أن يفرض التشريع لغة واحدة او اكثر في المعاملات الرسمية . كما في التقاضى امام المحاكم وفي المعاملات التي تكون الحكومة طرفاً فيها .

نصوص الدستور التى وردت فى غير الحريات والحقوق العامة والتى ترسم للمشرع سلطة محددة:

هذه نصوص كثيرة نستعرض بعضاً منها:

تنص المادة ٥٦ من البستور على انه ، عند تولية الملك تعين مخصصاته ومخصصات البيت المالك بقانون وذلك لمدة حكمه ، وقد عين القانون مخصصات جلالة الملك فاروق الأول بمبلغ مائة الف جنيه في السنة لمدة حكمه ، فلا يجوز طوال مدة هذا الحكم أن ينقص تشريع من هذه المخصصات أو أن يزيد فيها ، وإلاكان تشريعاً باطلاً لمخالفته للدستور.

وتنص المادة ٥٨ من الدستور على أنه «لا يلى الوزارة إلا مصرى»، وتنص المادة ٥٩ على أنه «لا يلى الوزارة أحد من الأسرة المالكة». فالتشريع الذي يجيز أن يلي الوزارة أجنبي أو أن يليها أحد من الأسرة المالكة يكون تشريعاً بإطلاً لمخالفته للدستور.

وتنص المادة ٦٤ من الدستور على أنه الا يجوز للوزير أن يشترى او يستأجر شيئاً من أملاك الحكومة ولوكان ذلك بالمزاد العام، كما لا يجوز له أن يقبل أثناء وزارته العضوية بمجلس إدارة شركة ولا أن يشترك إشتراكاً فعلياً في عمل تجارى او مالى و فالتشريع الذي يجيز له أن يقبل في أثناء وزارته العضوية بمجلس إدارة إحدى الشركات أو الإشتراك في عمل تجارى أو مالى يكون تشريعاً باطلاً لمخالفته للدستور وعلى العكس من ذلك يجوز أن يزيد التشريع من هذه القيود ، فيحرم على الوزير في خلال مدة معينة بعد تنحيه عن الوزارة ما يحرمه عليه في اثناء في خلال مدة معينة بعد تنحيه عن الوزارة ما يحرمه عليه في اثناء

وتنص المادة ٦٦ من الدستور على أن المجلس النواب وحده حق إتهام الوزراء فيما يقع منهم من الجرائم في تأدية وظائفهم، ولا يصدر قرار الاتهام إلاباغلبية ثلثى الآراء . ولمجلس الأحكام المخصوص وحده حق محاكمة الوزراء عمايقع منهم من تلك الجرائم ، فإذا صدر تشريع يجعل لفير مجلس النواب حق إتهام الوزراء في الجرائم التي تقع منهم في تأدية وظائفهم ، أو لغير مجلس الأحكام المخصوص حق محاكمة الوزراء عن هذه الجرائم ، كان التشريع باطلاً لمخالفته للدستور .

وتنص المادة ۷۷ من الدستور على وجوب أن يكون عضو الشيوخ قد بلغ من العمر أربعين سنة ، والمادة ۷۸ على أن يكون هذا العضو من إحدى طبقات معينة ، والمادة ۵۸ على أن يكون النائب قد بلغ من العمر ثلاثين سنة ، فإذا صدر قانون إنتخاب يتعارض مع هذه الشروط، كان هذا القانون باطلاً لمخالفته للدستور . وتنص المادتان ۲۷ و ۸۶ من الدستور على ان تعتبر دائرة إنتخابية كل مديرية أو محافظة لها حق إنتخاب عضو بمجلس الشيوخ أو نائب وكذلك كل قسم من مديرية أو محافظة له هذا الحق . وقد يفهم من هذين النصين أن الإنتخاب الغردى على أساس الدائرة ، دون الإنتخاب بالقائمة ، هو الجائز دستورياً ، ولكن لا شيء يمنع من أن يكون الإنتخاب بطريق التمثيل النسبي ما دام يجرى على أساس من أن يكون الإنتخاب بطريق التمثيل النسبي ما دام يجرى على أساس الدائرة الغربية ;

وتنص المران ١٠٩ و ٩٠٠ و ١١١ من الدستور على قواعد مكفل الحصانة البرلمانية، فلو صدر تشريع يخل بهذه العصانة اوينتقص منها، بأن يجيز مثلاً أتخاذ إجراءات صد عضو البرلمان بغير إذن المجلس التابع هو له في اثناء دور إنعقاده، كان التشريع باطلاً لمخالفته للدستور.

وتنص المادة ١٤٤٩ من الدستور على ان «الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية»، وتنص المادة ١٥٠٠ على ان «مدينة القاهرة قاعدة المملكة المصرية». فلو صدر تشريع يجعل دين الدولة غير الإسلام، الريمنع من أن يكون للدولة دين رسمى، أو يجعل اللغة الرسمية غير العاهرة، كان التشريع باطلاً لمخالفته للدستور. العربية، أو العاصمة غير القاهرة، كان التشريع باطلاً لمخالفته للدستور. وتنص المادة ١٥٠١ من الدستور على أن «تسليم اللاجئين السياسيين

محظور، وهذا مع عدم الإخلال بالاتفاقات الدولية التي يقصد بها

المحافظة على النظام الإجتماعي ، فلو صدر تشريع بجيز تسليم اللاجئين السياسيين ، أو صدق البرلمان على إتفاق دولي يجيز تسليم اللاجئين السياسيين في غير المحافظة على النظام الإجتماعي ، كان هذا باطلاً لمخالفته للدستور .

وهناك مسائل عينها الدستور واوجب أن يكون تنظيمها بقانون، فلو صدر تشريع يجيز تنظيمها بلائحة إدارية كان هذا التشريع باطلأ لمخالفته للدستور . ومن هذه العسائل الجنسية المصرية (م Υ) ، ونزع أملكية للمنفعة العامة (م Λ) ، وتنظيم الحريات والحقوق العامة (م Λ أمار المنفعة العامة (م Λ و Λ و Λ و Λ و Λ) ، وانظيم المور التعليم العام (م Λ) ، والأثر الرجعي للتشريع (م Λ) ، والأثر الرجعي للتشريع (م Λ) ، ومخصصات الملك والبيت الملك (م Λ) ، وتحديد الدوائر الانتخابية (م Λ 0 و Λ 0) والضرائب والرسوم (م Λ 1 0 و Λ 0) وتقرير معاش على خزانة الحكومة المرافق العامة والاحتكار وغيرها من المسائل المبينة في المادة Λ 0 الدينية والحساب الختامي (م Λ 1 0 و Λ 1 و Λ 1 و Λ 1 0) والقوات المسلحة (م Λ 1 0 و Λ 2 (Λ 1 0) والعفو الشامل (م Λ 1) والمعاهد الدينية والأوقاف والمسائل الخاصة بالأديان المسموح بها في البلاد (م Λ 10) ، وتنظيم الأحكام العرفية (م Λ 10) ()

⁽١) ومن بين هذه المسائل ما ينص الدستور على أن يتولى وهده تنظيمه الشامل، كالجنسية المصدرات والقوات المسلحة والأحكام العربية ومنها ما ينص على أن يكون تنظيمة بناء على القانون أو مى حدود القانون، أو ميندر قانون يضع اسس التنظيم وتتكفل الموائح الإبدارية بالتفصيلات، وذلك كالرسوم وتقرير معاش على حرانة المحكومة أو تحريض أو إعانة أو مكاماة. والنص العربي الصادة العربية من العستور لا يغيز منح القزام الدوائق العامة والاحتكال والنص القرنسي لهذه العادة بيميز المدنح طبقاً القانون رائم المنافق (conformement à la lot) بيد خلاف بيميز المدن إلى المنافق الاستيار والاستيار بطريق الاستيار الدينيات

القسم الثاني الإنحراف في استعمال السلطة التشريعية (ركن الغاية في التشريع)

الإنحراف في السلطة التشريعية بأتى في تقريرنا بمثابة مرحلة تطور ثالثه تتوج مرحلتين سابقتين، تتمثلان في نظرية التعسف في استعمال الحق وفي نظرية الانحراف في استعمال السلطة الإدارية، فمتى تصورنا تعسف الشخص في استعمال حقه، ثم تصورنا انحراف الإدارة في استعمال سلطتها الإدارية، فما الذي يمنع بعد ذلك من أن نتصور انحراف البرلمان في استعمال سلطته التشريعية ؟

اما انحراف القضاء في استعمال سلطته القضائية ، فقد كفل علاجه نظام القضاء ذاته . إذ يتولى إصلاح الخطأ في القضاء ، ويرد القضاء في الوقت ذاته إلى السبيل السوى ، نظم قضائية مختلفة ، اهمها طرق الطعن في الأحكام ، وعدم صلاحية القضاء للحكم ، وجواز ردهم مخاصعتهم . فالقضاء هو الذي يتولى الرقابة بنفسة على نفسة .

وقبل أن نرسم خطة البحث في انحراف السلطة التشريعية، يحسن الرجوع لما استقر من المباديء في نظرية الانحراف في استعمال السلطة الإدارية، فهذه نظرية قد فرغ منها، واصبحت من النظريات العسلمة في القانون الإداري فقهاً وقضاءً. وما علينا إلا أن ننسج على منوال هذه النظرية المستقرة، وأن نرسم الخطوط الرئيسية في نظرية الانحراف في استعمال السلطة الادرية. على غرار الخطوط الرئيسية في نظرية الانحراف في استعمال السطة الإدارية. لذلك راينا أن نستعرض في نظرة سريعة الأسس التي تقوم عليها هذه النظرية الأخيرة حتى نسير على هداها في سط النظرية الأولى.

قدمنا أن نظرية الانحراف في استعمال السلطة الإدارية هي من خلق قضاء مجلس الدولة في فرنسا . والطعن في القرار الإداري بالانحراف لا يكون إلا حيث يصدر هذا القرار عن سلطة تقديرية من جانب الإدارة . أما السلطة المحددة فلا ينفتح فيها الانحراف في استعمال السلطة، لأن الإدارة هنا سلطتها مقيدة، يتحتم علينا أن تستعملها على وجه معين، وإلاكانت مخالفة للقانون لامنحرفة في استعمال سلطتها.

والموظفم إذا إتخد قراراً عن سلطة تقديرية تمتع بقسط من حرية التقدير . على أنه مهما تكن الحرية التي يتمتع بها ، فأنه يجب عليه أن يهدف في جميع الأحوال إلى تحقيق المصلحة العامة . فالمصلحة العامة هي غابة الغابات في كل قرار إدارى ، ولا يجوز لموظف أن ينحرف عنها .

على أن القانون، في كثير من أعمال الإدارة، لا يكتفي بهذا النطاق الواسع، نظاق المصلحة العامة، بل يخصص هدفاً معيناً يجعله نطاقاً لعمل إداري معين. فيجب في هذه الحالة أن يلتزم الموظف في قراره، لا المصلحة العامة فحسب بل أيضاً الهدف الخاص الذي عينه القانون لهذا القرار . وهذه هي قاعدة يخصيص الأهداف (la specialité du but)، ويحدث أن يصرح القانون بهذا الهدف المخصص، كما يفعل عادة عندما يقرر سلطة في الاستبلاء لمصلحة التعلم او لأغراض التموين اولتقييد التصدير والاستيراد. فإذا لم يصرح القانون بشيء، أمكن استخلاص الهدف المخصص - إن كان موجوداً - من الاعمال التحضيرية للتشريع أو من طبيعة السلطة الممنوحة للإدارة. فسلطات البوليس مثلا ترمى بطبيعتها إلى تحقيق أهداف ثلاثة ، هي الأمن ، والصحة ، والسكينة ، فلا يجوز استعمالها للحصول على موراد مالية للخزينة. والسلطة الرئاسية في نقل الموظفين تهدف بطبيعتها إلى حسن انتظام العمل ووضع كل موظف في مكانه المناسب، فلا يجوز استعمالها لتوقيع عقوبة على الموظف، فإن هذا من شأن السلطة التأديبية. ونرى من ذلك أن قاعدة تخصيص الأهداف تقيد القرار الإداري بالغاية المخصصة التي رسمت له، فإن خرج الموظف على هذه الغاية، حتى لو كان هدفه هوتحقيق المصلحة العامة في ذاتها ، كان قراره مشوباً بالانحراف ووقع بطلاً. وفي المثلين اللذين قدمناهما ما يدل على ذلك. فقد يكون السعى للحصول على موارد مالية تسد ما تشكوه الخزينة من عجز أمرأ تقتضيه المصلحة العامة، ولكن لايجوز استعمال سلطات البوليس ذات الأهداف المخصصة لتحقيق هذه المصلحة العامة . وقد يكون الموظف الذي نقل إلى عمل غير عمله يستحق التأديب، ولكن لا يجوز استعمال سلطة

النقل لتأديبه، فالتأديب له سلطة آخرى. على أنه يحسن عدم التوسع في تطبيق قاعدة تخصيص الأهداف، فهناك اتجاه حديث لوحظ في قضاء مجلس الدولة الفرنسي يرمى إلى تجنب إلغاء القرار الإداري الذي انحرف عن غايته المخصصة إذا كان يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة آخرى لا تقل عنها في الخطر.

ويتبين مما تقدم أن معبار الانحراف في استعمال السلطة الإدارية ذو شقين: شق ذاتي وشق موضوعي، فالشق الذاتي يتعلق بتعرف النوايا والأغراض والغايات التي أضمرها الموظف وهو يصدر القرار الإداري، فهذه الغايات قد تكون برئية تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة وإلى تحقيق الغاية المخصصة التي رسمت للقرار ، فعند ذلك بسلم القرار من عبب الانحراف. وقد تكون مع استهدافها المصلحة العامة قد جانبت الغاية المخصصة ، فعند ذلك لا يسلم القرار من عبب الانحراف وإن كان الموظف يبقى حسن النبية . وقد تكون أخبراً غايات لا تمت لا إلى الغابة المخصصة ولا إلى المصلحة العامة ، كأن تكون غابات شخصية ترمى إلى الانتقام أو إلى تحقيق نفع شخصى أو إلى تحقيق أغراض دينية أو سياسية أو حزبية أو نحو ذلك وعند ذلك يكون القرار ملوثاً بعيب الانحراف ويكون الموظف سيء النبة . هذا هو الشق الذاتي . أما الشق الموضوعي فهو واحد لا يتغير ، وهو أولا المصلحة العامة التي يجب أن تكون دائماً رائد الموظف في القرار الإداري الذي يصدره، وهو ثانياً الغاية الخصصة التي رسمها القانون لقرار معين. ومعيار الانحراف بشقيه أقرب إلى الموضوعية من معيار التعسف في استعمال الحق في القانون المدني. فمعيار الانحراف، كما رأينا، لا يتمحض معياراً ذاتياً في تطبيق من تطبيقاته. أما معيار التعسف فيتراوح بين إن يكون في بعض تطبيقاته معياراً ذاتياًمحضاً .

ولما كان معيار الانحراف ينطوي على شق ذاتي كما قدمنا ، فإن إثبات هذا العيب يكون بقيقاً في كثير من الأحوال . ذلك أن القرار المشوب بعيب الانحراف هو قرار برىء في ظاهره ، معيب في باطنه . فهو قد صدر من موظف مختص ، وصدر في الشكل القانوني الواجب ، ولم يخالف احكام القانون في نصوصه ، وإن خالفها في روحه وفحواه . فالعيب خفي يصعب تبينه . ومن ثم وضم مجلس الدولة الفرنسي قاعدتين في هذا الصدد :

(القاعدة الأولى) أنه إذا اجتمع عيب آخر مع عيب الانحراف، اقتصر النظر على هذا العيب الآخر فألغى القرار المطعون فيه بسبب الانحراف، وذلك تجنباً لمشاق البحث في إثبات الانحراف وهل هو قائم أو غير قائم. فأصبح عيب الانحراف على هذا النحو ذا صفة احتياطية subsidiaire ، لا يتعرض له القاضي إلا إذا انعدمت العبوب الأخرى . وقد حاري محلس الدولة المصرى في هذا قضاء محلس الدولة الفرنسي. (و القاعدة الثانية) أن إثنات عنب الانجراف - إذا لم يكن بد من يحثه بأن كان هو العبب الوحيد الذي يشوب القرار الإداري. إثبات موضوعي اكثر منه إثباتاً ذاتياً. فالقاضي - كما يقول ميشو - إذا بحث في نوايا الموظف فكشف منها عن غاية غير مشروعة ، إنما يقصد أن يصل من ذلك إلى تبين إنعدام الغاية المشروعة ، لا إلى إثبات الغابة غير المشروعة . ويتلمس القاضي طبقاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسي ، الدليل على وجود الإنحراف في القرار المطعون فيه ذاته أو في ملف القضية ، فكثيراً ما تكشف الأوراق المضمومة إلى الملف عن الأغراض التي هدفت الإدارة إلى تحقيقها بإصدار القرار، فمن مناقشات مكتوبة ، إلى محاضر مسجلة ، إلى مراسلات متبادلة ، إلى غير ذلك من أوراق ومستندات، كل هذه وثائق بنياوي عليها الملف، وتكشف في كثير من الأحوال هن نوايا الإدارة. وقد توسع مجلس لدولة الفرنسي بعد ذلك في تلمس الدليل، فجاورُ «ملف القضية» إلى غيره من الأدلة. فكيفية إصدار القرار، وطريقة تنفيذه، والظروف التي أحاطت به، وكون الإدارة ميزت بين طائفتين دون مبرر، وإنعدام الدافع المعقول (mobile plausible) ، بل عدم الملاءمة الظاهرة (mobile plausible) ، أي شيء من هذا يكفي دليلاً على وجود عيب الإنحراف. أما مجلس الدولة المصرى فقد نهج منهج مجلس الدولة الفرنسي في هذا التوسع، بل سار خطوة أبعد ، إذ قضى بنقل عبء الإثبات عن المدعى إلى الادارة إذا قامت قرينة تبرر ذلك.

وغنى عن البيان أن جزاء عيب الإنحراف هو بطلان القرار الإدارى. وإذا نفذ القرار فأصاب تنفيذه شخصاً بالضرر، كان لهذا أنيطالب بالتعويض. ويتساهل مجلس الدولة الفرنسي في قبول أدلة الإنحراف إذا كان المطلوب هو التعويض لا الإلغاء. هذه هي الأسس التي استقرت في نظرية الإنحراف في إستعمال السلطة الإدارية. فهل نستطيع السير على هدى من هذه الأسس للقول بجواز الأنجراف في إستعمال السلطة التشريعية؟.

بريورا على المستحد المستحد المنافقة . فأنه يتبين القارىء الأول وهلة أن الأمر يقيق ، بل هو بالغ الدقة . فأنه إذا المكن أن يقال إن التشريع يكون باطلاً إذا خالف الدستور إذ يكفى للتثبت يكون اليضاً باطلاً إذا شابه إنحراف في إستعمال السلطة التشريعية قول يكون أيضاً باطلاً إذا شابه إنحراف في إستعمال السلطة التشريعية قول الشك خطير . فنحن لم نكد نفرغ من تقرير المبدأ الأول الخاص بمخالفة التشريع لنصوص الدستور ، ولم يكد هذا المبدأ يستقر في فقهنا وقضائنا . فكيف نخطوة أبعد ، ونقول إن التشريع كما يخالف الدستور في نصوصه و احكامه قد يخالفه في روحه وفحواه ؟ البست هذه خطوة بعيدة المدى لا تؤمن مغيتها ، بل قفزة جريئة قد تقضى إلى العثار !

وابرز خطر في هذا القول هو خطر القلقلة وعدم الاستقرار ذلك ان التشريع إذا شاب دستوريته ظل من الشك صار مزعزعاً، واضعطربت المراكز القانونية التي ينظمها

ولكن مع التسليم بوجود هذا الخطر بوجد اعتبار يعارضه ولا يقل في الأممية عنه ، هو وجوب حماية الدستور بالتزام الغايات التي توخاها ، فمتى إنحرف التشريع عن هذه الغايات وجبت إطالة النظر ، وتعين التماس علاج لهذه الحالة الخطيرة .

فنحن لا يسعنا بين هذين الاعتبارين الرئيسين المتعارضين - توطيد الاستقرار وحماية الدستور - إلا أن نعطى لكل اعتبار حقه، وأن نلتزم بينهما التوسط والاعتدال.

وقد خطا مجلس الدولة الفرنسى خطوة تمهيدية في هذا السبيل. فهو يقضى بجواز التعويض لمن أصابه ضرر من جراء تشريع صدر صحيحاً ولكنه مس حقاً من حقوقه المكتسبة(١). توجد إذن بوادر تؤذن

⁽١) ونظير تلك ـ في العيان الإباري لا العيان التشريعي ـ قرار يهدف إلى المصلحة العامة ، ولكن تقتار الإبارة في إصداره وقتاً غير مناسب ، او وسيلة غير مناسبة ، او ترتب بإنشائه جزاء غير متناسب مع الهمية الوقائع الثابتة فهذا القرار الإباري يبقي صحيحاً ، ولكن إذا الساب شخصاً بالقدرر وجب التعريشي وهذا ما يسميه بعض الفقهاء بالتصف في إستعمال الحقوق الإبارية (انظر الدكتور محمد سليمان الطعاوى في نظرية التصف في إستعمال السلطة - الإسكندرية ١٩٥٠ ص ١٩٥٠ ص ١٩٥٠ مـ وجاعدها)

بمناقشة التشريع، عن طريق التعويض، حتى لوصدر صحيحاً. فكيف لا يناقش التشريع، عن طريق الإيطال، وقد صدر مخالفاً للغايات التي توخاها الدستور!

على أن بحثنا هنا لا يعدو أن يكون محاولة أولى للدخول في مناقشة هذا الموضوع الخطير . وقد أخذنا على أنفسنا ، كما سبق القول ، أن يكون بحثاً موضوعياً مجرداً ، حتى تكون له قيمة موضوعية لا تختلف بإختلاف النظر الذاتي .

ونرسم الآن خطتنا في بحث الإنحراف في إستعمال السلطة التشريعية. فنحدد أولاً المنطقة التي يجوز هذا اللإنحراف. ونتكلم ثانياً في المعيار الذي ينبغي إتضاده، ونبين أخيراً كيف يكون إثبات الإنحراف وما هو الجزاء الذي يترتب عليه.

(1)

منطقة الإنحراف في إستعمال السلطة التشريعية

راينا فيما قدمناه عن الإنحراف في إستعمال السلطة الإدارية أن هذا الإنحراف لا يتصور إلا حيث تكون للإدارة سلطة تقديرية. أما إذا كانت سلطة الإدارة محددة، فلا يتصور إنحراف في إستعمالها ولكن تتصور مجاوزة حدودها فتكون هناك مخالفة للقانون.

ونستطيع أن ننقل هذا المبدأ إلى نظرية الإنحراف في إستعمال السلطة التشريعية . فنقول إن منطقة هذا الإنحراف هي المنطقة التي يكرن فيها للمشرع سلطة تقديرية . فعلينا الآن أن نرسم دائرة هذه المنطقة ، بأن نبين متى يحق للمشرع أن يتمتع بالسلطة التقديرية .

ويجمع بين الأمرين أن الجزاء على الضمرر هنا في القرار الإداري. كالجزاء على الضمرر هناك في الشريع، هو التعويض دون الإيطال.

المشرع في حدود الدستور له سلطة التشريع. فما لم يقيده الدستور يقيود محددة، فإن سلطته في التشريع هي سلطة تقديرية . ونرى من ذلك أن السلطة التقديرية هي الأصل في التشريع، والسلطة المحددة هي الاستثناء.

وقد رأينا فيما قدمناه أمثلة على السلطة المحددة في التشريع. فالمشرع الايسطيع بتشريع أن يخل بالمساواة الواجبة بين المصريين جميعاً، ولا يجوز له أن ينص على إبعاد المصرى من بلاده، ولا أن يبيح المصادرة العامة للأموال، ولا أن يبسط الرقابة على الصحافة، ولا أن يجيز المصادرة الإدارية للحصف في غير وقاية النظام الاجتماعي، ولا أن يرخص للوزير في شراء أو استئجار شيء من أملاك الحكومة، ولا أن يخفض من سن النائب أو الشيخ، ولا أن يجعل عقد القروض أو منح التزام المرافق العامة عن غير طريق القانون. هذه أمثلة على السلطة المحددة للمشرع، بسطناها تفصيلا فيما تقدم. فإذا جاوزها المشرع، كان التشريع باطلا لمخالفته للدستور.

وفيما عدا هذه السلطة المحددة تكون سلطة المشرع سلطة تقديرية كما قدمنا . ونطاق هذه السلطة التقديرية يكاد يستغرق النشاط التشريعى . فهذا النطاق الواسع ـ نطاق السلطة التقديرية للمشرع ـ هو النطاق الذي يقع فيه الانحراف في إستعمال السلطة التشريعية . ومن ثم نرى أن منطقة الانحراف في التشريع أوسع بكثير من منطقة مخالفة التشريع للدستور . ونتبين من ذلك الأهمية العملية للقول بامكان انحراف المشرع في إستعمال سلطته التشريعية .

فما هو معيار هذا الانحراف؟ هذه هى أهم مسألة فى الموضوع، وهى المسألة التى نقف عندها طويلا فيما يلى.

(Y)

معيار الانحراف في إستعمال السلطة التشريعية

إذا قسنا الانحراف في إستعمال السلطة التشريعية على الانحراف في إستعمال السلطة الإدارية، لقلنا إن المشرع يجب أن يستعمل سلطته التشريعية لتحقيق المصلحة العامة، فلا يترخى غاية غيرها، ولا ينحرف عنها إلى غاية اخرى، وإلا كان التشريع باطلاً. ولكان الععيار هنا أيضاً ذا شقين ، شقاً ذاتياً وشقاً موضوعياً فالشق الذاتي يتعلق بتعرف الأغراض والنوايا والغايات التى اضمرتها السلطة التشريعية وقصدت إلى تحقيقها بإصدارها تشريعاً معيناً. والشق الموضوعي هو المصلحة العامة التي يجب ان يتوخاها المشرع دائماً في تشريعاته ، وكذلك الغاية المخصصة التي رسمت لتشريع معين .

ولكن هذا المعيار الذاتى الموضوعى الذي سلمنا به في الانحراف بالسلطة الإدارية يصعب التسليم به في الانحراف بالسلطة التشريعية . فهو معيار مشوب بعنصر ذاتى ، إذ يجب بمقتضاه الكشف عن النوايا والأغراض النفسية . وإذا يكان هذا ممكناً مستساعاً بالنسبة إلى الإدارة ، فيقال إن رجل الإدارة قد قصد إلى غايات شخصية كالانتقام أو تحصيل نفع شخصي أو تحقيق أغراض سياسية أو حزبية أو دينية أو نحو ذلك ، فمن غير الممكن و وعلى كل حال فمن غير المستساغ - أن تنسب غايات شخصية إلى الهيئة التشريعية ، فالمفروض دائماً أن هذه الهيئة إنما تستعمل سلطتها للتحقيق المصلحة العامة و لا غابة لها غير ذلك .

وحتى لو اصدر البرلمان تشريعاً قصد به أن يضر أو أن يفيد بعض الأخواد أو بعض الهيئات ويقع ذلك في بعض الأخيان - فإنه يحرص دائماً على الباس هذا التشريع ثوباً من المصلحة العامة ، ولا يذكر له من الأسباب إلا ما يمت لهذه المصلحة فالتشريع الذي صدر بإنقاص سن الإحالة إلى المعاش للمستشار بمحكمة النقض من الخامسة والستين إلى الستين وكأن سبباً في حالة بعض مستشاري هذه المحكمة إلى المعاش ، والتشريع الذي صدر بخفض درجات النجاح في الامتحانات الجامعية وكان سبباً في إنجاح بعض الطلبة الراسبين ، والتشريع الذي صدر ببسط إشراف وزير العدل على مجلس الدولة ومستشاريه ومواظفيه الفنين ، كل هذه تشريعات العالمة في شانها إنها تمت للمصلحة العامة؛

يصعب إذن اتخاذ معيار للانحراف في استعمال السلطة التشريعية ينطوى ولو في شق منه على عنصر ذاتى . وإذا ساغ إتخاذ معيار ذاتى محض للتعسف في إستعمال الحق ، فذلك لأن انطواء الشخص على نية الإضرار بالغير وهو يستعمل حقه الخاص امر محتمل ، بل هو امر

مالوف وعنيما انتقلنا من الدائرة المدنية إلى الدائرة الإدارية تدرجنا من الذاتية إلى الموضوعية، وإتخذنا للانحراف في استعمال السلطة الإدارية معياراً ذاتياً موضوعياً ، لأن رجل الإدارة وهو يمارس سلطته العامة أقل انقباداً للدوافع الذاتية من الفرد وهو يباشر حقوقه الخاصة . وعلينا الأن عندما ننتقل من الدائرة الإدارية إلى الدائرة التشريعية أن نزداد تدرجاً من الذاتية إلى الموضوعية، بل أن ننحاز إلى الموضوعية جملة واحدة، فلا نقبل إلا معياراً موضوعياً محضاً لا يدخله أي عنصر ذاتي . ويبرر ذلك امران. (الولهما) أن الواجب هو أن نفرض في الهيئة التشريعية، وهي تعلو في النزاهة والتجرد عن الفرد وهو يباشر حقوقه الخاصة وعن رجل الإدارة وهو بمارس سلطته الإدارية ، أنها لا تصدر في جميع تشريعاتها إلا عن المصلحة العامة، لاسيما أنها هيئة مشكلة من عدد كبير من الأعضاء يصعب تواطؤهم على الباطل، وهي هيئة تنوب عن الأمة فيفرض فيها التنكب عن الأغراض الذاتية (والأمر الثاني) أن الأولى، في نظرية الانجراف في إستعمال السلطة التشريعية ، إتخاذ معيار موضوعي ثابت مستقر، لانخطىء في فهم معناه ولانختلف في تفسيره، فيضفى هذا المعيار على التشريع ثباتاً واستقراراً لاشك في حاجة التشريع إليهما، بل لاشك في أن حاجته إليهما تزيد كثيراً عن حاجة التصرف المدنى في نظرية التعسف في استعمال الحق وعن حاجة القرار الإداري في نظرية الانحراف في إستعمال السلطة الادارية.

فما عسى أن يكون هذا المعيار الموضوعي؟

من الخير ، في هذا الموضوع الذي لا يزال فطيراً لم يختمر ، أن نسير في اناة وحذر ، فلا نحاول أن نلقي بمبادئ ثابتة في مسائل لم تتبلور ، ولا يزال الباحث فيها يتحسس طريقه ، ويحسبنا هنا أن نستعرض للمعيار الموضوعي فروضاً خمسة ، ونتدرج ، ونحن نستعرض هذه الفروض ، في الموضوعية ، باتصى حدودها :

- (١) فرض يرجع فيه إلى طبيعة التشريع ذاتها معياراً موضوعياً،
 وهذه هي أقصى حدود الموضوعية.
- (٢) فرض يجاوز فيه التشريع الغرض المخصص الذي رسم له ،
 وهذه هي ثاني مرتبة في الموضوعية .

- (٣) فرض تكفل فيه الحريات والحقوق العامة في حدودها الموضوعية، وهذه هي المرتبة الثالثة للمعيار الموضوعي.
- (3) فرض تحمى فيه الحقوق المكتسبة، على أن يكون المعيار هنا
 اليضاً معياراً موضوعياً، ويأتى في المرتبة الرابعة من الموضوعية.
- (٥) فرض تقيد فيه السلطة التشريعية، وهي تستعمل بوجه عام سلطتها التقديرية في التشريع، بمعيار موضوعي يستخلص، لامن نصوص الدستور، بل من مبادئه العليا ومن الروح التي تهيمن على هذه النصوص. وهنا يتسع مجال الاجتهاد، وتختلف انظار الباحثين، ويكاد المعيار الموضوعي يتاخم المعيار الذاتي إذ هو من الموضوعية في حدودها الدنيا.

ونستعرض الآن هذه الفروض الخمسة.

الفرض الأول- الرجوع إلى طبيعة التشريع ذاتها باعتبارها معياراً موضوعياً:

راينا أن التشريع بطبيعته قاعدة عامة مجردة، فالعموم والتجرد هما اللذان تتميز بهما القاعدة التشريعية عن القرار الإدارى، وراينا أن البرلمان إذا أصدر قراراً إدارياً لا يدخل ضمن القرارات الادارية التي يختص بإصدارها ،كان القرار باطلاً لعيب في الاختصاص، أما إذا أصدر قراراً فردياً ، وقصد به أن يكون تشريعاً عاماً مجرداً ، كان القرار باطلاً لعيب في المحل.

هذا ما قررناه فيم خد . ونقرر هنا حالة بالله: يدر البرامان تشريعاً عاماً مجرداً وهو يعلم أنه لن يطبق في الواقع إلا على حالة فريعة واحدة . فهالاه صورة هي عكس الصورة التي رايتاها في الحالة الثانية . إذ البرامان أراد هنا حالة فردية ولكنه اصدر تشريعاً عاماً معرداً ، وأراد هناك تشريعاً عاماً مجرداً ولكنه اصدر قراراً فردياً

ونورد مثلا على المالة الثالثة: يصدر النرلمان تشريعا بابعاء هيئة -تضائية للتخلص من اعضائها أثم يعاد تشكيل الهيئة بتشريع آخر بعد مدة وجيزة من صدور التشويع الأول فهنا قصد البهمائ أن يصدر قراراً إدارياً ، في صورة تشريع صورى، بعزل إعضاء هذه النبية القضائية . فالتشريع باطل، لأن البرلمان انحرف بد في استعمال سلتطه التشريعية .
ومعيار الانحراف هنا موضوعي محض، إذ لسنا في حاجة إلى الكشف
عن النوايا المستترة التي اقترنت بهذا التشريع . وبحسبنا أن نتثبت من أنه
لم ينطبق إلا على حالة فردية بالذات ، وأن هذا كان واضحاً كل الوضوح
للبرلمان عند إصداره له ، لنوقن أن هذا العمل هو تشريع في صورته ، قرار
إدارى في حقيقته ، وهو بهذه المثابة يتعارض مع طبيعة التشريع(1).

ويقرب من هذا أن يصدر تشريع عام مجرد في مناسبة قضية معينة منظورة أمام المحاكم، ويكون التشريع لاينطبق إلا على هذه القضية بالذات فإذا كان هذا واضحاً وقت إصدار البرلمان للتشريع، كان التشريع في حقيقته قراراً إدارياً فردياً اصدره البرلمان في صورة تشريع عام، وهذا ما يجعله مشوباً بعيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية.

الفرض الثاني مجاوزة التشريع للغرض المخصص الذي رسم له

قدمناً فى نظرية التعسف فى إستعمال السلطة الإدارية أن القانون لا يكتفى فى كثير من أعمال الإدارة بهدف المصلحة العامة ، بل يحدد هدفاً يجمله هو الهدف المخصص لعمل إدارى معين ، وفقاً لقاعدة تخصيص

(Duguit, Droit contitutionnel 2 éme éd. Il p.p. 154 -155).

(م. ۲۸ مقالات د . السنهوري جا)

⁽١) ولسنا أول من يقول بهذا ألراي فقد وجدنا الأستاذ ديجيه بصل إلى النتيجة أدانها إلى يقول باندام صمة العموم في تشريع موقت بصدره الدلمان ويقصد من توقيته أن يقتصر تطلبيقه على حالة فردية أو على شخص بالذات. وإليك ما يقوله في هذا الصدد: اعتقد أن القرار العام يبقى قراراً عاماً . ومن ثم يكون تشريعاً من الغاجية الصادية . حتى لو وقت بعدة من الزمن تعين مقدماً . سرط الا يكون الغرص العقيقي منذا الترقيت ، بطبيعة الحال . هو أن يقتصر تطبيق التشريع على حالة فردية أو على شخص بالذات . إذ لاشك في أن النص في هذه الحالة لاتكون له صفة العموم ، . و cross qu'une décision par vine générale reste une décision par voie général et une decision par voie généra et, par conséquent, une loi matérielle, bien que portée pour une période du temps déterminée d'avance à la condition, bien entedu, que cette limitation de temps n'ait pas pour but véritable de restreindre l'application de la loi à une espéce unique ou à une parsonne déterminée, auquel cas la disposition n'aurait certainement pas de caractére de généralité.

الأهداف. وهذه القاعدة ليست كثيرة التطبيق في ميدان التشريع، فقل ان يقيد الدستور المشرع و او يقيد المشرع نفسه في ان يشرع في دائرة معينة لايتخطاها، ولهدف مخصص لايجاوزه، والأصل إطلاق سلطة المشرع في التشريع، فيقوم بتنظيم الروابط الاجتماعية والاقتصادية والسياسية وغيرها من الروابط، ولايتقيد في هذا التنظيم يهدف غير المصلحة العامة.

ويصبح مع ذلك، في حالات قليلة، أن يتحدد هدف مخصص لتشريع معين. ونورد مثلين للهدف المخصص في التشريع: صون الأمن والنظام العام في تشريعات الأحكام العرفية، ووقاية النظام الاجتماعي في تشريعات الصحافة والاجتماعات العامة.

ففي الأحكام العرفية تقدم القول ان المادة ١٥٥ من الدستور توجب أن يكون إجراؤها على الوجه المبين في القانون، فلا بد من قانون ينظم الأحكام العرفية إذا هي اعلنت، ومن أهم أغراض هذا القانون أن يبين على وجه الحصر الحالات التي يمكن فيها إعلان هذه الأحكام. وقد حصرت هذه الحالات فعلاً في ثلاث، إثنتان منهما وردتا في قانون الأحكام العرفية الصادر في ٢٦ يونيه سنة ١٩٢٣ ، والثالثة وهي حالة مؤقته وردت في قانون مكمل صدر في ١٧٠ من مايو سنة ١٩٤٨ في مناسبة الحرب الفلسطينية . وقد سبق ، عند الكلام في الأحكام العرفية في أول هذا البحث، أن ذكرنا هذه الحالات الثلاث ويستخلص من استقرائها أنها تهدف في إقامة الحكم العرفي إلى تمكين السلطة القائمة على إجراء هذا الحكم من المحافظة على الأمن والنظام العام ومن تأمين سلامة الجيوش وضمان تموينها وحماية طرق مواصلاتها. وسبق ايضاً ان أشرنا إلى المادة ٣ من قانون الأحكام العرفية ، وهي تعدد الاختصاصات الاستثنائية التي تخول للسلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية، ذكرت في النهاية أنه «يجوز لمجلس الوزراء أن يضيف دائرة الحقوق المتقدمة المخولة للسلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية أو أن يرخص لها بإتضاد أي تدبير آخر مما يقتضيه صون الأمن والنظام العام في كل الجهة التي أجريت فيها الأحكام العرفية أو في بعضها ٤. فصون الأمن والنظام العام وحاجات الحرب والتموين، هذه هي الغابات المخصصة لقوانين الأحكام العرفية وهي في الوقت ذاته الحدود التي تقف عندها هذه القوانين ولايصح أن تجاوزها كما سبق القول ومالم يضف المشرع حالة جديدة يجيز فيها إعلان الأحكام العرفية غير هذه الحالات الثلاث، يجب عليه أن يلتزم في كل تشريع يصدره لتنظيم الأحكام العرفية، وفي أي تعديل أو إضافة القانون الأحكام العرفية الحالي، هذه الغايات المخصصة، ولا يجاوزها إلى غيرها من الغابات ولو كانت تهدف إلى المصلحة العامة. والمشرع إنما يستعمل سلطة تقديرية في تحديد دائرة الأمن والنظام العام وحاجات الحرب والتموين، فإن انجرف في إستعمال هذه السلطة التقديرية ، وأضاف إلى الاختصاصات المخولة للسلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية اختصاصات آخرى لاتدخل في هذه الغابات المخصصة تحت ستار أنها تدخل فيها، كأن أجاز للسلطة العرفية القيض على المتهمين في جرائم يقول إنها تتصل بالأمن والنظام العام أو بحاجات الحرب والتموين وهي لا تتصل، أو أجاز لها تقييد الحريات بدعوى أن التقييد قصد به تحقيق هذه الغابات وكان التقييد بعيد المدى إلى حد تجاوز الحاجة، كان تشريعه متخطياً للغاية المخصصة التي رسمت له، ومن ثم مشوياً بالانجراف في استعمال السلطة التشريعية، ومعيار الانحراف هذا موضوعي، فيكفي التثبت من أن الاختصاصات الجديدة التي أعطيت للسلطة العرفية ، تحت ستار أنها تصون الأمن والنظام العام وتسد حاجات الحرب والتموين، إنما تجاوز في حقيقتها، ومن ناحية موضوعية مخصة ، هذه الغايات المخصصة .

وكذلك الأمر في تشريعات الصحافة والاجتماعات العامة. فقد حظرت المادة ١٥ من الدستور على المشرع أن يجعل للإدارة حق إنذار الصحف أو وقفها أو إلغائها بالطريق الإداري إلا إذا كان ذلك ضرورياً لوقاية النظام الاجتماعي. وحظرت المادة ٢٠ من الدستور على المشرع أن يجعل للإدارة الحق في منع الاجتماعات العامة دون قيد إلا إذا اتخذ هذا التدبير لوقاية النظام الاجتماعي. فوقاية النظام الاجتماعي هي الغاية المخصصة لأي تشريع يوضع لمصادرة الصحف بالطريق الإداري أو لعنع الاجتماعات العامة دون قيد (٢).

 ⁽١) ووقاية النظام الاجتماعي أيضاً هي الغاية المخصصة التي عينها الدستور
 للاتفاقات الدولية الخاصة بتسليم اللاجئين السياسيين، فقد نصت المادة ١٥١ من

وقاية النظام الاجتماعى، ولكن لا يجوز له أن يجاوز هذه الدائرة، وأن يخرج عن هذه الغاية المخصصة إلى غاية أخرى ولو كانت تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، مدعياً مع ذلك أنه لا يزال ملتزماً دائرة وقاية النظام الاجتماعى، فإذا صدر تشريع يجيز مصادرة الصحف إدارياً أو منع الاجتماعات العامة لأسباب لا تدخل في وقاية النظام الاجتماعى، وإن كانت تدخل في حفظ الأمن والنظام العام، كان هذا التشريع مجاوزاً لفايته المخصصة، ومعيار الانحراف هنا موضوعي ايضاً، فيكفي التثبيت من أن الأسباب التي أجاز فيها المشرع المصادرة الإدارية للصحف أو منع الاجتماعات العامة، وإن كانت نسبت إلى وقاية النظام الإجتماعي، تجاوز من ناحية موضوعية محضة هذه الدائرة المحددة، حتى يكون التشريع باطلاً لما شابه من الانحراف.(١).

⁻⁻الدستور على أن تسليم اللاجئين السياسيين محظور، وهذا مع عدم الإخلال بالاتفاقات الدولية التي يقصد بها المحافظة على النظام الاحتماعي،

⁽١) ومن الغايات المخصصة التي رسمها البستور لبعض التشريعات ما نصت عليه المادة ١٢٧ من أن عدم جواز عزل القضاة أو نقلهم تتعين حدوده وكيقيته بالقانون - والغاية المخصصة التي رسمها الدستور لهذا القانون الذي يعين حدود عدم حوار عزل القضاة ونقلهم هي كفالة استقلال القضاء على النحو المبين في المادة ١٢٤ ص الدستور، فيجب أن يحقق القانون هذه الغاية المخصصة ولا يجور أن ينحرف عمها ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ١٣٩ من الدستور من أن ، حلسات المحاكم علىية إلا إذا أمرت المحكمة بجعلها سرية مراعاة للنظام العام أو للمحافظة على الاداب، فكل تشريع يجيز جعل جلسات المحاكم سرية لا يصبح أن يجيز ذلك إلا لتحقيق غاية مخصصة، هي مراعاة النظام العام أو المحافظة على الأداب، ولايجور أن ينحرف عن هذه الغاية . ومن ذلك أخيراً ما رسمته المادة ١٣٣ من الدستور من غايات مخصصة للتشريعات التى تصدر بثرتيب مجالس المديريات والمجالس البلدية وببيان اختصاصاتها وعلاقتها بجهات الحكومة ويستخلص من نص هذه المادة أن الغايات المخصصة التي رسمها الدستور لهذه القوانين هي أن تكفل القوانين لهذه المجالس أن تمثل الأهالي تمثيلاً كافياً ، وأن تقوم بكل ما يهم المديرية أو المديمة من أعمال ، وان تنبسط العلانية على اعمالها، وان تقام عليها وصاية معتدلة من جانب السلطة المركزية والمشرع يتمتم بسلطة تقديرية في تحديد هذه الفايات المخصصة وفي تحقيقها ، ولكن لا يجوز أن ينحرف عنها فيما يضعه من التشريعات في هذا الشأن .

الفرض الثائث - كفالة الحريات والحقوق العامة في حدودها الموضـوعية

راينا فيما تقدم أن هناك حريات وحقوقاً عامة مطلقة لا تقبل التقييد أو التنظيم . فالحق في المساواة ، وحظر أبعاد المصرى عن بلاده ، وحظر المصادرة العامة للأموال ، وحرية الاعتقاد المطلقة ، كل هذه حقوق عامة وحريات لا يجوز أن يرد عليها التقييد . فلو صدر تشريع يقيدها ، كان هذا التشريع باطلاً لمخالفته لنصوص الدستور .

اما الحريات والحقوق العامة التي نص الدستور على تنظيمها بقانون، فقد سبقت الإشارة إلى أن العشرع قد خول في شأنها سلطة تقديرية ليقوم بهذا التنظيم، على ألا ينحرف عن الغرض الذي قصد إليه الدستور، وهو كفالة هذه الحريات والحقوق العامة في حدودها الموضوعية، فإذا نقضها العشرع أو انتقص منها، وهو في صدد تنظيمها، كان تشريعه مشوياً بالانحراف والسبب في أن التشريع يكون عي هذه الحالة منظوياً على انحراف لامخالفاً لنصوص الدستور هو أن العشرع هنا قد خول سلطة تقديرية لا سلطة محددة في تنظيم الحق العام، وقد أساء استعمال هذه السلطة ، إذ بدلا من أن ينظم الحق، نقضه أو انتقص منه تحت ستار التنظيم . ويمكن القول، في عبارة أخرى أن كل حق عام وكل الدستور إلى العشرع ننظيمه بقانون، قد رسم الدستور الثانون الذي ينظمه عاية مخصصة، لايجوز الانحراف عنها ، في تنظيم هذا الحق علم وحه لا منقض معه الحق ولا ينتقص.

والمعيار هنا موضوعي غلسنا في حاجة ، كي نتثبت من أن هناك انحرافاً عي استعمال السلطة ، إلى الكشف عن الأغراض والنوايا المستترة التي اقترنت بالتشريع وقت صدوره بل يكفينا أن تتبين ، على وجه موضوعي محض ، أن الحق العام الذي ينظمه التشريع قد أصبح بعد هذا التنظيم منتقصاً من اطرافه بحيث لا يحقق الغاية التي قصد اليها الدستور .

ونور بعض الأمثلة عن حريات وحقوق عامة وكل الدستور تنظيمها إلى المشرع، وجعل له في ذلك سلطة تقديرية لا يجوز أن ينحرف في إستعمالها عن المصلحة العامة وعن الفاية المخصصة التى اعطيت هذه السلطة من اجلها. تنص المادة ٣ من الدستور على أن الوظائف العامة، مدنية كانت أو عسكرية، يعهد بها إلى المصريين وحدهم، وولا يولى الأجانب هذه الوظائف إلا في أحوال استثنائية يعينها القانون و. فالتشريع الذي يصدر لتنظيم تولى الأجانب الوظائف العامة يتمتع فيه المشرع بسلطة تقديرية ، على الا ينحرف عن الغاية التي قصد إليها الدستور ، وهي أت تكون تولية الأجنبي لوظيفة عامة أمراً استثنائياً ، لكي يبقى زمام البلاد في أيدي الوظنيين . فلا يجوز أن يطلق التشريع المجال الأجانب يتولون الوظائف العامة كالمصريين سواء بسواء ، بل يجب أن يكون ذلك مقصوراً على المصريين . فإذا صدر تشريع يفتح باب الوظائف العامة للأجانب دون قيد ، أو بقيود ليس من شأنها أن تجعل تولى الأجانب للوظائف أمراً استثنائياً ، كان هذا التشريع باطلاً لانطوائه على انحراف في استعمال السلطة التشريعية ولخروجه على الفاية المخصصة التي رسمها الدستور ، وهي أن يكون توظيف الأجانب بقدر الحاجة إليهم وعلى سبيل الاستثناء .

وتنص المادة ١٣ من الدستور على أن دتحمى الدولة حرية القيام بشعائر الأديان والعقائد طبقاً للعادات المرعية في الديار المصرية على الا يخل ذلك بالنظام العام ولا ينافي الأداب، فلو صدر تشريع يضع قيودأعلى حرية القيام بشعائر الأديان والعقائد بحيث ينتقص من هذه الحرية انتقاصاً خطيراً، كان التشريع باطلاً لانطوائه على انحراف في استعمال السلطة التشريعية.

وتنص المادة ١٤ من الدستور على أن «حرية الراي مكفولة، ولكل إنسان الإعراب عن فكره بالقول أو بالكتابة أو بالتصوير أو بغير ذلك في حدود القانون، وتنص المادة ١٥ على أن «الصحافة حرة في حدود القانون، والرقابة على الصحف محظورة، فلو صدر تشريع بقيد من حرية الرأي أو من حرية الصحافة تقييداً خطيراً بحيث ينقض هذه الحرية أو ينتقص منها، كان التشريع منطوياً على انحراف في استعمال السلطة التشريعية، إذ أن الغاية المخصصة من تشريعات الرأي والصحافة ليست نقض هذه الحرية العامة أو الانتقاص منها، بل مجرد تنظيمها حتى لا تعود بالضرر على المجتمع، هذا ويلاحظ أنه إذا صدر تشريع لتقييد حربة الصحافة فيما تكون فيه هذه الحربة مطلقة لاتقبل التقييد، كما إذا صدر تشريع ببسط الرقابة على الصحف في غير نظام الأحكام العرفية، كان هذا التشريع باطلأ، لا لانطوائه على إنحراف في إستعمال السلطة، بل لمخالفته لنصوص الدستور كما سبق القول.

وتنص المادة ٢٠ من الدستور على أن «للمصديين حق الاجتماع في هدوء وسكينة غير حاملين سلاحاً، وليس لأحد من رجال البوليس أن يحضر اجتماعهم، ولاحاجة بهم إلى اشعاره. لكن هذا الحكم لايجرى على الاجتماعات العامة فإنها خاضعة لأحكام القانون، كما أنه لايقيد أو بمنع أى تدبير يتخذ لوقاية النظام الاجتماعى، وتنص المادة ٢١ من الدستور على أن «للمصديين حق تكوين الجمعيات، وكيفية استعمال هذا الحق يبينها القانون «. فلو صدر تشريع ينقض حرية الاجتماعات العامة أو بنقص منها انتقاصاً خطيراً، كان التشريع باطلاً لانطوائه على انحراف في استعمال السلطة التشريعية(١) كذلك يكون باطلاً للانحواف على تشريع في استعمال السلطة التشريعية(١) كذلك يكون باطلاً للانحواف أي تشريع في استعمال السلطة التشريعية(١)

⁽١) وقد كان قانون الاجتماعات بالفعل محلا للنظر في يستوريته أمام معكمة القضاء الإداري في دائرة وقف التنفيذ ، ولم ثبت المحكمة في هذه المسالة ، بل تركتها لمحكمة الموضوع، وقالت في هذا الصدد . ومن حيث إنه مما يؤيد هذا النظر ان قانون الاجتماعات كان من التشريعات التي أقرها البرلمان المصرى باعتبار أن هذا القانون يقيد الحربات، وقد احتمله مجلس النواب على مضض بعد أن صرحت الحكومة أمام المجلس إن في نبتها إلا تطبق هذا القانون إلا عند الضرورة القصوى عندما ترى الأمن مهدداً وانها لابد ان تتدخل او يتدخل غيرها على كره منها ، بل إن مجلس النواب وافق على المائه في أول بولية سنة ١٩٣٤ اكتفاء بأحكام القانون العام إذ رآها كفيلة بالمحافظة على النظام . . ولما لم يوافق مجلس الشيوخ على إلغاء هذا القانون ، تداوله المجلسان بتعييلات اساسية تقيد تقيداً جوهرياً من سلطة الإدارة في متع الاجتماعات وفي فضها، ولم يقدر لهذه التعديلات أن تصبح تشريعاً نهائياً، فبقي قانون الاجتماعات على اصله قانونا استثنائيا مقيداً للحربات. وفي الوقت الذي تدع فيه مجكمة وقف التنفيذ النظر في أمر دستوريته إلى محكمة الموضوع يتعين عليها ان تفسره تفسيراً ضيقاً، فلا يجوز تطبيقه إلا عند الضرورة القصوى، ولا يصم أن تنذرع به الإدارة لمنم الاجتماعات إلا إذا اجتمع عندها أسباب بالغة الخطورة تبرر هذا المنم؛ (محكمة القضاء الإداري.. دائرة وقف التنفيذ قضية رقم ١٥٩٣ سنة ٥ قضائية المحكوم فيها بتاريخ ١٩٥١/١١/٧).

ينظم استعمال حق تكوين الجمعيات فينقض تحت ستار التنظيم هذا الحق او بنتقص منه انتقاصاً خطيراً. أما إذا صدر تشريع بنص على سلب المصربين حق تكوين الجمعيات في ناحية أو في آخرى ، كان هذا التشريع باطلاً لمخالفته لنصوص الدستور ، لأن المادة ١٥ لم تجز أن يرد التشريع على ذات الحق ، وإنما أجازت أن يرد على كيفية استعماله . كذلك التشريع الذي يقيد ، في غير وقاية النظام الاجتماعي ، الاجتماعات الخاصة ، أو يفرض حضور رجال البوليس في هذه الاجتماعات ، أو يوجب إشعار البوليس بها ، يكون تشريعاً باطلاًمخالفتهانص المادة ٢٠ من الدستور .

وقد راينًا أن المادة ١٥٥ من الدستور تنص على أنه « لا يجوز لأية حال تعطيل حكم من الأحكام هذا الدستور إلا أن يكون ذلك وقتياً في زمن الحرب أو اثناء قيام الأحكام العرفية، وعلى الوجه المبين في القانون. وعلى اى حال لا يجوز تعطيل انعقاد البرلمان متى توفرت فى انعقاده الشروط المقررة بهذا الدستورء، ويؤخذ من هذا النص أن الصنور فوض إلى المشرع وضع القانون الذي ينظم الأحكام العرفية، وخول له سلطة تقديرية واسعة في وضع هذا النظام، فله أن ينتقص من الحريات العامة وقت قيام الأحكام العرفية ، وله أن يعطل أحكام الدستور فيما عدا حكماً واحداً هو انعقاد البرلمان متى توافرت شروط الانعقاد ولما كان قانون الأحكام العرفية يحل عند إعلان هذه الأحكام محل الدستور ، بل ويعطل أحكامه ، فقد خول المشرع في وضع أحكام هذا القانون سلطة بعيدة المدي تكاد تماثل سلطة الدستور. وتضمن القانون فعلا من الأحكام ما يعطل الجقوق والحربات العامة ، فهو يجيز بسط الرقابة على الصحف والنشرات الدورية وضيط المطبوعات والنشرات والرسومات التي من شأنها تهييج الخواطر وإثارة الفتنة أو التي تؤدي إلى الإخلال بالأمن العام، ويخول مراقبة الرسائل البريدية والتلغرافية والتلفونية، ويبيح منم الاجتماعات العامة وحلها بالقوة وتقييد الحرية الشخصية في التنقل والتوطن ونحو ذلك. ولكن هذه السلطة التقديرية لايجوز الانحراف في استعمالها، كما سبق القول ، لتحقيق غايات غير الغايات المخصصة التي قصد الدستور إلى تحقيقها من وراء الأحكام إلهرفية، وقد تقدم ذكر ذلك. فإذا إنحرف المشرع في استعمال سلطته التقديرية، وهو ينظم الأحكام العرفية، عن

هذه الغايات ، كان تشريعه مشوبا بالانحراف على أن هذا التشريع يكون مخالفاً لنص الدستور ، لا مشوباً بالانحراف ، إذا هو عطل انعقاد البرلمان إلى ما بعد السبت الثالث من شهر توقمبر خلافاً لنص الفقرة الأولى من المادة ٩٦ من الدستور، أو فض الدورة قبل سنة شهور خلافاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٩٩ ، أو محاورة الستين يوماً السابقة على إنتهاء مدة النباية في إجراء الانتخابات العامة لتحديد مجلس النواب أو تجديد مجلس الشيوخ خلافاً لنص المادتين ١١٤ و ١١٥، أو تأجيل انعقاد البرلمان لمدة تزيد على شهر خلافاً لنص المادة ٣٩ ، أو إجراء الانتخابات العامة بعد حل مجلس النواب في مدة تزيد على شهرين خلافاً لنص المادة ٨٩. وقد بقال إن تمكين السلطة العرفية من تأخير الانتخابات العامة عن ميعادها الدستوري، سواء كانت هذه الانتخابات نتيجة لإنتهاء مدة النيابة أو نتيجة لحل مجلس النواب، يعتبر تعطيلاً غير مباشر لانعقادالبرلمان عن طريق تعطيل الشروط الواجب توافرها لهذا الانعقاد، فيكون هذا انحرافأ في استعمال السلطة التشريعية لامخالفة لنص الدستور . والنتيجة العملية واحدة في الرايين ، فالتشريع يكون باطلاً على كل حال، إما لمخالفة نص النستور أو للانحراف.

الفرض الرابع- احترام الحقوق المكتسبة وعدم المساس بها في غير ضرورة أو من غير تعويض

يحرص الدستور على اخترام الحقوق المكتسبة، فهو لا يسمح ان تمس في غير ضرورة، ومن ثم نصت المادة ٢٧ من الدستور على انه ، لا تجرى احكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ نفاذها ، ولا يترتب عليها اثر فيما وقع قبله ، ما لم ينصر على خلاف ذلك بنص خاص ، ف فعل الأصل في القوانين أنها لا تسرى على الماضى حتى لا تمس الحقوق المكتسبة ، واحترام الحقوق المكتسبة قاعدة تمتد في جذورها إلى اعماق القانون الطبيعي والمبادى الأساسية للعدالة ، حتى أن المادة ٢٧ السابق ذكرها لو لم تكن قد وردت في الدستور لوجب مع ذلك اعمال حكمها دون نص ، بل لما صح الاستثناء الذي اوردته من جواز أن يتضمن القانون نصاً على الأثر الرجعي ، وغير القانون من القواعد التنظمية ، كمرسوم أو قراري تنظمي أخر ، لا يجوز أن يتضمن ضعاً على الداري تنظمي أخر ، لا يجوز أن يتضمن ضعاً على الأثر الرجعي ، وإلا كان

هذا النص باطلاً. أما القانون فيجوز على سبيل الاستثناء وبالقدر الذي تدعو إليه الضرورة، أن تشتمل على نص خاص بالأثر الرجعى كما تقرر المادة ٤٧ من الدستور . ويلاحظ مع ذلك أن الإسراف في النص على الأثر الرجعي في القانون يعتبر أنحرافاً في إستعمال السلطة التشريعية . بل أن بعض التشريعات التي تمس حقوقاً مكتسبة تنص على وجوب التعويض عنها . وبلغ الأمر بمجلس الدولة في فرنسا أن يقضى بالتعويض دون نص .

فالقاعدة التي نبسطها هنا هي أن الإسراف في تقدير الأثر الرجعي يعد انحرافاً في إستعمال السلطة التشريعية ونستعرض لهذه القاعدة تطعيقات اربعة:

(١) تشريع يستر عقوبة مقنعة ذات أثر رجعى قدمنا أن المادة ٦ من الدستور تقضى أن العقوبة لاتكون إلا بناء على قافون ومن غير أثر رجعى، فإذا وضع القانون عقوبة على فعل معين وجب ألا يكون لهذا القانون اثر رجعي، ومن ثم لا عقوبة إلا على الأفعال اللاحقة لصدوره. بل لا يجوز، بالنسبة إلى العقوبة، أن يتضمن القانون نصا على الأثر الرجعي، وإلا كان هذا النص باطلاً لمخالفته للمادة ٦ من الدستور ، وإذا احتال المشرع على هذا النهى الدستوري بقصد أن يتخطأه، فأصدر تشريعاً عادياً يخفى عقوبة وجعل لهذا التشريع أثراً رجعياً بنص خاص، فقد جعل للعقوبة وهي تحت ستار تشريع عادى اثراً رجعياً، ويكون تشريعه مشوياً بالانحراف . ونورد لذلك مثلا التشريع الفرنسي الصادر في ٩ بولية سنة ١٩٠٧، وهو التشريع الذي سبقت الإشارة إليه، ويقضى باستثناء طائفة محدودة من مجندى سنة ١٩٠٣ ، هم الذين لم يطيعوا الأوامر التي صدرت لهم في يوم ٢١ من يونية سنة ١٩٠٧ من الانتفاع بالتسريح المبكر. وقد قررنا فيما تقدم أن هذا التشريم يعتبر في نظرنا تشريعاً عاماً مجرداً - ولكنه يخف عقوبة مقنعة أراد المشرع توقيعها بأثر رجعي على من عصوا الأوامر من مجندي سنة ١٩٠٣ ، ومن ثم يكون التشريع مشوباً بالانحراف في إستعمال السلطة التشريعية. ويلاحظ أن ستر التشريع لعقوبة مقنعة مسالة المعيار فيها موضوعى. فليس علينا للكشف عن هذه العقوبة المقنعة أن نتصسس نوايا المشرع وأغراضه، بل يكفى أن نتأمل فى أحكام التشريع من الناحية الموضوعية، فإن كانت تنطوى على عقوبة حقيقية، فالتشريع باطل لما شابه من الانحراف.

(٢) تشريع لاحق يعدل من تشريع سابق بحجة تفسيره : من القواعد المقررة أن التشريعات المفسرة لها أثر رجعي، لأنها لاتنشىء قاعدة حديدة ،بل تفسر قاعدة موجودة. ولكن يجب، مع ذلك، الاحتياط في تكييف التشريعات المفسرة فقد يسن تشريع على أنه تشريع مفسر، وحقيقة أمره أنه تشريع يعدل من تشريع سابق، فهو تشريع مفسر في صورته، معدل في حقيقته. والذي تنبغي ملاحظته في هذه المسألة أن التشريع المفسر يكون له اثر رجعي كما قررنا، أما التشريع المعدل فلا يجوز أن يكون له أثر رجعي إلا بنص خاص. فيخشى أن يكون المشرع، لسبب أو لأخر، لا يرى المصارحة في أنه يضم تشريعاً له أثر رجعى، فيخفى هذا الأثر تحت ستار أن التشريع مفسر، كأن يزيد في مقدار ضريبة في تفسير يضعه للتشريم الذي ينشيء هذه الضريبة ويكون التفسير في حقيقته تعديلا للتشريع، وفي هذه الحالة يكون المشرع، وهو يستعمل سلطته التقديرية في تفسير تشريع سابق، قد إنحرف في إستعمال هذه السلطة، وخرج من التفسير إلى التعديل دون أن ينص على أن هذا التعديل له أثر رجعي . ومن ثم يكون التشريع ، من حيث هذا الأثر ، باطلاً لما شابه من الانحراف. وغنى عن البيان ان انتقال المشرع من التفسير إلى التعديل يعرف بالمقارنة بين التشريعين السابق واللاحق مقارنة موضوعية، فالمعيار هذا أيضاً معيار موضوعي.

(٣) إطالة مدة التقادم في قوانين الضرائب: يجوز للمشرع بوجه عام ان يطيل مدة التقادم ، ولكن يجب الحذر من هذه الإطالة فيما يتعلق بقوانين الضرائب ، فإن فيها زيادة في أعباء الضريبة ، ونستعرض في هذا الصدد فرضين : (الفرض الأول) تشريع يطيل مدة التقادم في إحدى الضرائب قبل أن تتقضى الددة الأصلية . وفي هذا الفرض لا يكون هناك انحراف في

إستعمال السلطة التشريعية ، فإن المشرع لابد أن يكون قد قدر ، تحت ضغط الضرورة الملحة، أن هناك أسباباً خطيرة توجب إطالة مدة التقادم قبل انقضائها، حتى يتسم الوقت أمام عمال الضرائب لجباية مالم يجبوه منها. وهذه الزيادة في اعباء الضريبة لاتستحب، ولكن الظروف الاضطرارية قد تبرر التجاء المشرع إليها. (الفرض الثاني) تشريع يطيل مدة التقادم في إحدى الضرائب بعد أن تكون المدة الأصلية قد انقضت. وفي هذا الفرض يكون التشريع قد مس حقاً مكتسباً ، إذ أن المدة الأصلية للتَّقادم قد انقضت وسقطت الضريبة، ثم جاء التشريع الجديد يطيل مدة التقادم، فيعيد الضريبة بأثر رجعي بعد سقوطها. والرجعية في قوانين الضرائب سواء كانت بطريق مباشر أو عن طريق إطالة مدة التقادم ، ترهق الممولين، ويغلب أن تنطوى على أنحراف في إستعمال السلطة التشريعية. ولا يجوز على كل حال أن يفاجأ الممولون، بعد أن سقطت الضريبة عنهم ولم يعودوا يحسبون لها حساب، برجوع الضريبة من جديد. وتقرير ما إذا كان المشرع، وهو يطيل مدة التقادم، قد إنحرف في إستعمال سلطته التشريعية أمر موضوعي محض، إذ يكفي للاستيثاق من هذا الانحراف الرجوع إلى مدة التقادم الأصلية والتثبت من أنها كانت قد انقضت قبل صدور التشريع الذي اطالها، وأن المشرع لم تكرهه قوة قاهرة على تجشيم الممولين هذا العنت، وقد راينا فيما تقدم أن القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٧ ، وقبله القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٤٤ ، قد اطالا مدة التقادم بالنسبة إلى طائفة من الضرائب هي الضرائب المفروضة على إيرادت رؤوس الأموال المنقولة وعلى الأرباح التجارية والصناعية وعلى كسب العمل والتي استحقت في المدة من اول ستمبر سنة ١٩٣٨ إلى أخر ديسمبر سنة ١٩٤٤ . ويبدو أن بعض هذه الضرائب كان قد سقط بالتقادم قبل صدور القانون الأول. فإحياؤه من جديد عن طريق تشريع يطيل مدة التقادم قد يكون منطوياً على انحراف في إستعمال السلطة التشريعية . وقبل أن نترك قوانين الضرائب إلى نص ورد في القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ الخاص بضرائب الدخل. وهو نص لا يخلو من غرابة. وقد أقحمه المشرع في المكان الذي وضعه فيه دون مبرر . ويغلب أن يكون منطوياً على انحراف في إستعمال السلطة التشريعية . فقد نصت المادة ٢٨ من القانون المشار إليه بأن الأرباح والفوائد على الأسهم والسندات

والودائم النقدية وودائم الأوراق المالية وغيرها من الديون التى تكون مستحقة للأفراد فى ذمة الشركات والمصارف ونجوها تؤول إلى الحكومة إذا لحقها التقادم، وقد قبل فى تعليل هذا النص، الذى يخرج على اصول القانون المدنى، أن التقادم مبنى على قرينه الوفاء، وهذه القرينة منتقية إذا كان المدين شركات أو مصارف لها من انتظام حساباتها ما يقطع فيما إذا كان الدائن قد استوفى حقه منها أو لم يستوفه، فإن كان لم يستوفه فعلا فلا محل لقيام قرينة على الوفاء، ولكن هذا التعليل لا يستلزم أن تحل الحكومة محل الدائن بانقضاء مدة التقادم، وما دمنا قد ابقينا الحق ولم نسقطه بإنقضاء هذه المدة، ليقيننا من أن الدائن لم يستوفه، فإن الوضع السليم هو أن يبقى الحق لصاحبه، لا أن تستولى الحكومة عليه دون مقابل، فتكون قد نزعت ملكية لغير المنفعة العامة وبدون تعويض الألى

(3) قوانين التضمينات قدمنا ان قوانين التضمينات هي تشريعات عامة مجردة ونعود إلى بحث هذه القوانين من ناحية آخرى، هي إحتمال ان تنطوى على انحراف في إستعمال السلطة التشريعية، وذلك ان قوانين التضمينات تعفى الحكومة من المسئولية عن حوادث وقعت في العاضى، فهى إذن تسرى بأثر رجعى، ومن هناء جاز التساؤل عن قيمتها السنة ربة.

وقد عرفت مصر قوابين التضمينات عن طريق القابون الانجليزى وقد كان هذا القانون في القديم لا ينظم الأحكام العرفية مقدماً بتشريع

⁽١) وقد صدر العرسوم بقانون رقم ١٠٤ لسنة ١٩٤٥ يقف سريان التقادم لصالح المقيمين في الملاد المحتلة والخاضعة للرقابة ولما كامت الشركات والمصارف قد جرت على أن تورد لحزانة الحكومة تباعاً المبالغ والقيم الباقية في نعتها بمجرد لبتهاء مدة التقادم نزولاً على حكم المادة ٢٩ من قانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩. نقد تبين فيما بعد أن بعض اصحاب هذه المبلغ هم ممن كانوا يقيمون في البلاد المحتلة والخاضعة للرقابة . وإن القيم المستحقة لهم لم تكون قد نقادمت وقت توريدها للخزانة بسبب وقف سريان التقادم ولاشك في أن للدائنين . في هذه الحالة ، الرجوع على الشركات والمصارف بحقوقهم ، وللشركات والمصارف الرجوع على الحكومة بعيدعوي استرداد غير المستحق .

يحدد اختصاصات السلطة القائمة على إجراء هذه الأحكام، بل كان، إذا قامت ازمة تستدعي إتخاذ إجراءات استثنائية مخالفة للقانون العام ، يبيح بمقتضى تشريع يصدره البرلمان وقف مايسمى عقانون الإجضاره (Habeas Corpus) ، وهو القانون الذي يجيز لكل شخص إتخذ ضده إجراء مخالف للقانون ، كأن حبس مثلا لشبهة علقت به ، استصدار ، أمر إحضار ، وإنهاء حالة الحبس المخالفة للقانون إما بالأفراج عنه أو بمحاكمته قانونية . فإذا وقف «قانون الإحضار » لأجل معين ، أمكن السلطة التنفيذية أن تتخذ من الإجراءات الاستثنائية ما تقتضيه الظروف. وقبل انتهاء هذا الأجل يصدر عادة قانون للتضمينات (bill of indemnity) يعفى الموظفين العاملين من مسئوليتهم عن إتخاذ هذه الاجراءات الاستثنائية المخالفة للقانون، بشرط أن تكون قد إتخذت بحسن نبة (bona fide) وفي خدمة الوطن أي لمصلحة عامة. فالقانون الانجليزي، حتى سنة ١٩٢٠(١) يتميز بما يأتي: (١) هو لا ينظم الأحكام العرفية بتشريم سابق عليها، بل يصفيها بتشريع لاحق لها هو قانون التضمينات. أما التشريع الذي يصدر لوقف قانون الإحضار فهو بمثابة إعلان للأحكام العرفية. (٢) وهذا يرجع إلى طبيعة الدستور الانجليزي، فهو دستور مرن يملك البرلمان تعديله بتشريع عادى، وماقانون الوقف ولاقانون التضمينات إلا تشريعان دستوريان في حقيقتهما ، يعدلان من القواعد الدستورية التي تقضى بمسئولية السلطة العامة عن الاجراءات المخالفة للقانون، فنقف الأول هذه المسئولية ، و يعفي منها الثاني إعفاء نهائماً . (٣) ولكن لا يصل الإعفاء من المسئولية إلى حد حماية سوء النية ، فإذا خالف الموظف العام القانون في الاجراءات الاستثنائية التي اتخذها وكان ذلك بسوء لدافع غير

⁽۱) نقول حتى سنة ۱۹۲۰ لأنه قد صدر في إنجلترا في تلك السنة قانون لتنظيم سلطات الطواريء (السنة قانون لتنظيم السلطات الطواريء في اطنت حالة الطواريء في ظروف معينة تهدد بالخطر، سلطة إصدار لوائح تراجه بها هذه الحالات الاستثنائية. على ان تعرص هذه اللوائح على البرلمان في اقرب وقت ممكن لإقرارها. فلم تعد هناك حاجة لإصدار قوانين تضمينات بعد قيام هذا النظام القانوني الدائم الإي يشبه من بعض الوجوه النظام العرفي في مصر

المصلحة العامة، بقى مسئولا، ولا يعفيه قانون التضمينات من هذه المسئولية.

ويختلف النظام الدستوري المصرى عن النظام الدستوري الانجليري اختلافاً بيناً. ومن ثم كان إقحام قوانين التضمينات على النظام المصرى محلا للنظر . ذلك أن الدستور في مصر يوجبُ تنظيم الأحكام العرفية مقدماً بتشريع سابق عليها، وهذا ماتقتضي به المادة ١٥٥ من الدستور. فالحاجة إلى قانون تضمينات تعفى السلطة العرفية من المسئولية تبدو غير واضحة. هي واضحة في القانون الانجليزي حتى سنة ١٩٢٠، حيث لايوجد قانون للأحكام العرفية يعطى السلطة التنفيذية اختصاصات واسعة تمكنها من معالجة الظروف االاستثنائية التي توجهها ، فتضطر إلى إتشاذ اجراءات مخالفة للقانون، فيجيء قانون التضمينات بعد ذلك يغطى مسئوليتها. فكأن قانون التضمينات في القانون الانجليزي هو قانون لاحق يراد به تنظيم ما سبق من الأحكام العرفية. أما في مصر فهناك قانون سابق لتنظيم هذه الأحكام، فما الحاجة إلى قانون لاحق لتنظيمها! وقد أعطى قانون الأحكام العرفية في مصر للسلطة القائمة على إجرائها إختصاصات استثنائية، تضيق وتتسع، حتى تتمكن هذه السلطة من مواجهة الظروف، فلا يجوز بعد ذلك للسلطة العرفية مجاوزة هذه الاختصاصات الاستثنائية، وإلا كانت مسئولة، وكان قانون التضمينات الذي يعفيها من هذه المسئولية متعارضاً مع روح الدستور . فالدستور لم يرد أن تجاوز السلطة العرفية حدود القانون العام إلا بعد ترخيص تشريعي يتمثل في قانون الأحكام العرفية ، أي أنه أراد كما سلف القول تنظيم الأحكام العرفية مقدماً قبل إجرائها بتشريع سابق، لاتصفيتها مؤخراً بعد إنتهائها بتشريع لاحق. فالجمع بين قانون الأحكام العرفية الذي عدد اختصاصات الحاكم العسكري على سبيل الحصر ومن ثم حرم عليه مجاوزة هذه الاختصاصات، وبين قانون التضمينات الذي يبدو أنه يعفى الحاكم العسكرى من المسئولية حتى لو جاوز هذه الاختصاصات المحددة، ينطوي على تعارض دستورى ظاهر. وإذا كان أول قانون للتضمينات صدر في مصر هو القانون الصادر في سنة ١٩٢٣ عقب الأحكام العرفية التي تولتها السلطة المحتلة في مناسبة الحرب الكبرى التي اعلنت في سنة ١٩١٤، فإن هذا االقانون قد جاء قبل نفاذ الدستور وقبل
صدور قانون الأحكام العرفية ، فاحتاج القائد العام للقوات البريطانية في
مصر إذ ذاك إلى قانون تضمينات يحميه من المسئولية ، إذ لم يكن في
ممارسته للأحكام العرفية يستند إلى قانون ينظم هذه الأحكام ، فكانت
إجراءاته مخالفة للقانون العام ، ومن ثم قامت الحاجة إلى إعفائه من
المسئولية بتشريع خاص على النحو المالوف في قوانين التضمينات
الانجليزية(۱) . ومن نفاذ قانون الأحكام العرفية الذي ينظم هذه الأحكام
مقدماً ويغني عن تصفيتها مؤخراً ، صدرت قوانين للضمينات في مناسبات
مختلفة! صدر المرسوم بقانون رقم ١١٤٤ اسنة ١٩٤٥(٢) وقانون رقم
مختلفة! صدر المرسوم بقانون رقم ١١٤٤ التي اعلنت في مناسبة الحرب

⁽۱) وقد نسبت المادة الثانية من هذا التشريع الصادر في ۱۹۳۳ على ما ياتى لا تقول لا في الحال ولا في الاستقبال المام اية محكمة من محاكم البلاد أية دعوى أو طلب أو قصية جنانية أو غيرها من الإجراءات، ولو على شكل دعوى نقام من الدعى عليه على المدعى أو دعم فرعى أو دعاع، سواء كانت الشكري منظورة الأن أو نصرف أو أمر أو بنا كان راهمها. إذا كان المفرض منها الطعر في أي إعلان أو تصرف أو أمر أو أمر أو بوجه عام أي عمل أمرت به أو تولته السلطة المستكرية بمقتضى الأحكام العرفية ويدخل فيما تقدم الإعلانات والأوامر المتعلقة المستكرية بمقتضى الأحكام العرفية ويدخل فيما المعقولة والثابقة وما قام به الحارس المستعد لأموال الأعداء من التصرف في الأملاك المدكورة مالبيع أو بعيره من المستحدات، وذلك سواء كان هذا الطعن مباشرة من طريق المطالبة بتعويض أو بحصون أو باسترجاعه أو بايتراء من تكليف أو التزام أو برد مال أو باسترجاعه أو باسترد، وختما في أية حالة تكون عليها الدعوى من هذا القبيل وجب رعضها أو بالمتحداد أو بابة طريقة أخرى وإذا عرضت دعوى من هذا القبيل وجب رعضها

⁽٣) وتنص المادة الأولى منه على ما يأتى . لا تسمم امام المحاكم الجمانية أو المدنية أية دعوى أو طلب أو دمع يكون الفرض منه الطعن في أي إعلان أو تصرف أو أمد أو تتربت التربة أو ترثته السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية أو مددووها . عملا بالسلطة المخولة لهم بمقتضى الأحكام العرفية . وذلك سواء كان هذا الطعن مباشرة عن طريق المطالبة بتعويض أو بحصول مقاصة أو إيراء من تكليف أو المتزام أو برد مال أو باسترجاعه أو باسترداده أو باسترداده أو باسترجاعه أو باسترداده

⁽٣) وقد رأينا فيما تقدم أن هذا القانون ينص على ما يأتى . ، لانسمع أمام أية

العالمية الثانية، وصدر قانون رقم ٥٠ اسنة ١٩٥٠ عقب الأحكام العرفية التي أعلنت في مناسبة حرب فلسطين؛ وفي كل هذه القوانين نصن على عدم جواز سماع أية دعوى أو طلب أو دفع يكون الغرض منه الطعن في أي عمل أمرت به أو تولته السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية أو مندوبوها عملاً بالسلطة المخولة لهم بمقتضى نظام الأحكام العرفية ، فيجب إذن في هذه التشريعات ملاحظة أن الجمع بين قانون الأحكام العرفية وقانون التضمينات قد ينطوي على تعارض دستورى، يجب بغسير قانون التضمينات تقسيراً يزيل هذا التعارض.

فقانون التضمينات لا شك في أن له أثرا رجعيا كما قدمنا ، إذ هو يعهى من المسئولية عن أعمال وقعت قبل صدوره ، وقد ترتب على هذه الأعمال حقوق مكتسبة نشأت قبل صدور قانون التضمينات ، فأتى هذا القانون لإهدارها عن طريق عدم جواز سماع الدعوى فيها ، والأثر الرجعي للتشريع أمر بغيض في ذاته ، الدستور ولكن يجيزه إستثناء للضرورة على الوجه المبين في المادة ٧٧ . فيجب أن يقدر بقدر هذه الضرورة ولا يجاوزها ، وإلا كان فيه انحراف في إستعمال السلطة التشريعية . وقياس مشروعية الأثر الرجعي في قوانين التضمينات بعقياس الضرورة التي التزام لمعيار موضوعي ، كسائر المعايير الموضوعية التي التزامن الموضوعية التي التزامن الموضوعية التي التزامن الموضوعية التي التزامن الموضوعية التي

جهة قضائية اية دعوى أو ظلب أو دفع يكون العرص منه الطعن هي أي أمر أو تصرف جهة قضائية أية دعوى أو بوجه عام أي عمل صدر ايتداء من تأريخ العمل بالمرسوم غلون رقم ١٩٤٤ سنة ١٩٤٥ من وزير المائية أو احد الحراس العاملين أو معدوبيهم أو مدير مكتب البلاء المحللة والخاضعة للرقابة هي حل العالم بالمرسوم بقانون رقم ٢٠٠ لسنة ١٩٤٥ المرسوم بقانون ٤٠٤٠ لسنة ١٩٤٥ حتى نهاية العمل بهذا النظام، ولاتجوز عتابعة السير هي الدعاوي العرفوعة قبل سريان هذا القانون

⁽۱) وقد راينا ليضا غيما نقدم أن هذا القانون يعص على ما يأتى . لا تسمع أمام اية جهة قضائية أية دعوى أو طلب أو دفع يكون الغرض منه الطعن في أي إعلان أو تصرف أو أمر تدبير أو أقرار . وبوجه عام أي عمل أمرت به أو تولته السلطه القائمة على إجراء الأحكام العرفية أو مندوبوها أو وزير المالية أو أحد الحراس العاملين أو معدوريهم . عملا بالسلطة المحولة لهم بمقتضى نظام الأحكام العرفية (م. ٣ مقالات د . السفهوري جا)

وعلى هدى المبدأ الذي قيمناه، إذا استعرضنا الأعمال غير المشروعة التي يأتيها القائم على إجراء الأحكام العرفية، أمكن أن نقسمها إلى طوائف ثلاث: (١) أعمال بأتبها محاوزاً حدود الاختصاصات الاستثنائية التي خولها له قانون الأحكام العرفية (٢) اعمال يأتيها غير مجاوز فيها هذه الحدود، ولكنه يتعمد بها الانحراف عن المصلحة العامة بسوء نبة^(١). (٣) أعمال¥يجاوز فيها الجدود ولايتعمد الانجراف عن المصلحة العامة ولكنه ينجرف عنها فعلا بحسن نية ، بأن يكون قد بالع في إستعمال سلطته، وهو يقصد تحقيق مصلحة عامة فأضر بالغير، كما إذا قبض على شخص لشبهة لم تتحقق او منزلاً تبين فيما بعد أنه لواصطنع الحيطة لكان في غنى عن تفتيشه . وفي الطائفة الأولى من الأعمال يستعمل القائم على إجراء الأحكام العرفية سلطة محددة ، فيجاوزها . أما في الطائفتين الثانية والثالثة فهو يستعمل سلطة تقديرية ، ولكنه ينحرف في إستعمالها إما بسوء نية أو عن حسننية . ولا يمكن القول بأن الأعمال التي حاوز فيها حدود اختصاصاته أو الأعمال التي تعمد فيها الانجراف عن المصلحة العامة بسوء نية هي اعمال يجوز بتشريع الإعفاء من المسئولية عنها. وذلك لسببين (السبب الأول) هو نص قانون التضمينات ذاته فهو إنما يعفى من المسئولية عن الأعمال التي أمرت بها أو تولتها السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية أو مندوبوها عملاً بالسلطة المحولة لهم بمقتضى نظام الأحكام العرفية "" ولا يدخل في هذه الأعمال ما جاوز فيه القائم على إجراء الأحكام العرفية السلطة المخولة له أو ما انحرف فيه عن المصلحة

العامة عمداً عن سوء قصد (والسبب الثاني) هو الدستور. فهو يابي أن

 ⁽١) ويلحق بسوء النية الخطأ الجسيم على إعتبار أن مثل هذا الخطأ إنما هو قريبه على سوء الدية

⁽٣) وكان مجلس النواب، في القابون رقم ٥٠ لسنة ١٩٥٠، قد اضاف عقب هذه العبارة عبارة احرى هي دوفي حدود تلك الأحكام، فحذف مجلس الشيوخ العبارة الأخيرة، ولما اعيد المشروع إلى مجلس النواب. رأت الحكومة إقرار الحذف معلنة أنه لا يغير من المعنى المقصود. ونري مع الحكومة أن الحذف لا يغير من المعمى المقصود، ونر كانت العبارة المحذوفة من شانها أن تؤكد هذا المعنى.

تجرى الأحكام العرفية على غير ضابط. فحتم تقييدها مقدماً بتشريع سابق . فإذا خرجت السلطة العرفية على هذا التقييد الدستوري ولم تلتزمه في إجراءاتها ، فترتب مسئوليتها ، ثم صدر قانون يعفيها من هذه المسئولية ، اصبحت الأحكام العرفية متحررة من كل قيد على خلاف ما امر به الدستور . والتشريع الذي يبيح الخروج على التقييد الدستوري عن طريق الإعفاء من المسئولية مو تشريع بأطل لانطوائه على انحراف في إستعمال السلطة التشريعية . فإذا أضفت إلى ذلك أن هذا التشريع يمس بأثر رجعي حقوقاً مكتسبة، وأن المساس بالحقوق المكتسبة أمر استثنائي لم يجزه الدستور إلا بقدر الضرورة، والضررة هذا منتفية، بل إن القول بوجودها يتعارض مع الدستور الذي يأبي إطلاق الأحكام العرفية دون قيد، وأن القانون الانجليزي ذاته قد رايناه لا يبيح الإعفاء من المسئولية عن الأعمال التي تصدر بسوء نية لدافع غير المصلحة العامة، ولم يعد هناك مجال للريب في أن الأعمال غير المشروعة التي يأتيها الحاكم العسكري مجاوزاً فيها حدود اختصاصاته، أومتعمداً فيها الانحراف عن المصلحة العامة بسوء نية، تترتب عليها مسئوليته، ولايعفيه قانون التضمينات من هذه المسئولية .

لايبقى إذن من الأعمال غير المشروعة التى يأتيها الحاكم العسكرى إلا الطائفة الثالثة، وهى الأعمال التى لا يتعد فيها الانحراف عن المصلحة العماء ولكنه يضر بالغير عن خطأ غير مقصود. فهذه هى التى يمكن الإعفاء من المسئولية عنها بتشريع خاص. هو قانون التضمينات. ذلك أن الحاكم العسكرى لم يرد بهذه الأعمال أن يجاوز القيود التى وردت فى قانون الأحكام العرفية. بل هو لم يجاوزها فعلاً، ولكنه وهو يمارس اختصاصاته ملتزماً حدودها بالغ فى استخدام سلطته التقديرية عن حسن نية فاضر بالغير. فأراد المشرع أن يحميه من المسئولية لأنه لم يقصد بعمله إلا المصلحة العامة، وإذا كان قد اخطأ فهذا الخطأ مغتفر.، فإذا لروح الدستور، فلا تزال اختصاصات الحاكم العسكرى مقيدة بالقانون، ولا يزال هو ملتزماً حدود هذا التقييد. وإذا كان التشريع هنا مس حقوقاً مكتسبة، فيهرر هذا ضرورة قائمة هى عدم إمكان تجنب الخطأ في هذه

الظروف الدقيقة. أما تعمد الانحراف، وأما مجاوزة حدود السلطة. فلايمكن أن تقوم ضرورة لتبريرهما.

على أنه مع كل هذا تجب ملاحظة أمرين هامين:

(أولا) القرارات التى يصدرها الحاكم العسكرى ويخطى، فيها عن حسن نية الذا كان يعفى من المسئولية عنها للاعتبارات المتقدم ذكرها، تبقى مع ذلك اعمالا غير مشروعة، ومن ثم تبقى قرارات باطلة . فالإعفاءمن المسئولية عنها ليس من شأنه أن يقلبها إلى قرارات صحيحة وكل ما يترتب على هذا الإعفاء هو حرمان من تصيبه بضرر من حق التعويض.

(ثانياً) وحتى في الحرمان من حق التعويص، لا نرى ان يكون هذا عن طريق منع سماع الدعوى كما جرت العادة. فإن منع الناس من الالتجاءالى القضاء فيما يدعون به من حقوق، حتى لو كانت ادعاءاتهم على غير اساس، فيه مصادرة لحق التقاضى، وهو حق من الحقوق العامة التي لا يجوز الإخلال بها . وإنما السبيل إلى منع طلب التعويض يكون عن طريق وضع قاعدة موضو عية - لا قاعدة إجرائية - بقضى بالا مسئولية على الحاكم العسكرى إذا هو اخطأ في تقديره عن حسن نية وعند ذلك يسمع القاضى الدعوى، فإذا ثبت عنده أن الحاكم العسكرى كان حسن النية قضى برفضها ، لا بعدم جواز سماعها و لا بعدم قبولها . وهو على كل حال . و تقيد بنص قانون التضمينات واراد الحكم بعدم جواز سماع الدعوى . لا يستطيع ذلك حتى يتثبت من أن الحاكم العسكرى لم يجاوز حدود اختصاصه و أن خطأه في التقدير كان غير مقصود . وعند ذلك يستوى من الناحية العملية أن يقضى برفض الدعوى أو بعدم جوازسماعها ، وإن كان القضاء بالرفض هو الصحيح في نظرنا(١) .

ويخلص مما قدمناه ان الحاكم العسكرى لا يعفيه قانون التضمينات من المسئولية إذا هو استعمل سلطته المحددة فجاوز حدودها ، أو استعمل

⁽١) اما منع سماع الدعوى فلا يكون فيما تقررت عيه مسئولية بحكم القانون ويراد الإعفاء منها ، ولكن فيما لم تتقرر فيه مسئولية أصلا وبراد عن طريق منع سماع الدعوى استحداث قواعد موضوعية جديدة . وستاتى الإشارة إلى نلك في مكان آخر .

سلطته التقديرية فتعمد الانحراف غي استعمالها. ولكن يعفيه قانون التضمينات من المسئولية إذا هو استعمل سلطته التقديرية فأخطأ في استعمالها عن حسن نية، ويكون الأمر في هذه الحالة مقصوراً على الإعفاء من المسئولية، فترفض دعوى التعويض ويبقى العمل غير مشروع، وفي هذه الحدود وحدها يمكن إعمال نصوص قانون التضمينات، فتعفى الحاكم العسكرى من مسئولية كان تعاون الأحكام العرفية وحده لا يعفيه منها(١).

الفرض الخامس. مخالفة التشريع لمبادىء الدستور العليا والروح التي تهيمن على نصوصه (نظرية القانون الأعلى)

قدمنا أن هذا الفرض ينفسح فيه مجال الاجتهاد، ويكاد المعيار الموضوعى فيه يتاخم المعيار الذاتى، ولذلك نسير هنا بحذار اكبر، فلا نجزم براى، بل نضع أمام القارىء طائفة من الأفكار لا تزال قابلة للبحث والتمحيص، ونلتزم في كل ذلك أن يكون بحثنا موضوعياً، مبتعدين عن كل ما يضفى عليه صبغة ذاتية، ونتلمس أن يكون المعيار في هذا الفرض الخامس هو أيضاً معيار موضوعي.

ومن أشد فقهاء القانون العام تحمساً في القول بأن التشريع بجب أن يكون خاضعاً لمبادىء الدستور العليا هو الأستاذ ديجيه. فهو يؤمن اشد الايمان بأن هناك قانوناً اعلى قد وجد قبل أن توجد الدولة ذاتها، وأن كل تشريعات الدولة، حتى النشريعات الدستورية ذاتها، يجب أن تخضع لهذا القانون الأعلى، الذي هو من خلق النظام الاجتماعي، وليس وليد إرادة المشرع(٢).

 ⁽١) انظر في هذه المسالة المناقشات التي دارت في مجلس الشيوخ: مضبطة الجلسة الرابعة عشرة في ١٧ من أبريل سنة ١٩٥٠.

⁽٣) ويقول في هذا المعنى ، كلما تقدمت بي السن، وزنت دراسة للقانون وتعميقاً في هذه الدراسة ، كلما زيت اقتناعا بأن القانون لم تخلقه الدولة ، بل هو شيء خارج عنها ، وبأن فكرة القانون مستقلة كل الاستقلال عن فكرة الدولة ، وبأن القاعدة القانونية تفرض طاعتها على الدولة كما تفرض طاعتها على الأفراد .

ويقول ديجيه في هذا الصدد: «إذا كانت الدولة ، في سلطتها الإدارية والقضائية ، تتقيد بالتشريع الذي صنعته .. فإن الدولة ، في سلطتها التشريعية ، تتقيد هي أيضاً بقانون أعلى منها ((). ثم يتحدث عن المصادر المكتوبة لهذا القانون الأعلى ، فيراها في مصدرين: «إعلان

«Plus y'avance en âge, plus j'étudie et approfondis le problème du droit, plus je suis convaincu que le droit n'est pas une création de l'Etat, qu'il existe en dehors de l'Etat et que la notion de droit est tout à fait indépendante de la notion d'Etat et que règle droit s'impose à l'Etat comme elle s'impose aux individus». (Duguit. Droit Coastitutionnel, 2ème éd.l p. 33).

ويقول في مكان آخر: وتخضع الدولة لقاعدة فانونية اعلى منها، لاتملك لها خلقاً، ولا تستطيع لها خرقاً... والأصر الجوهري هو أن ندرك وأن نؤكد، في نشاط لا يعتري الوهن أن هنسك قاعدة قانونية تعلو على السلطة العامة، قاعدة تقيد هذه السلطة بما تفرض عليها من الواجبات. ويجب أن نهب، بكل ما نملك من قوة وبكل ما تتصب له مسدورنا من سخصاً في وجه هذه النظريات التي تنتسب إلى تكبر أعلام الفلسفة والقانون في المانيا، من أمثال كانت وهبجيل وأهرنج وجيليك، وهي نظريات تقرر أن الدولة تصنع القانون، وأنها لا تتقيد به، أو أنها على الأقل لا تتقيد به إلا في الحدود التي ترسمها بيدها ... وقد سبق أن كشفت عن خطر هذه النظريات الضارة، وبينت أنها تؤدى إلى سياسية السلطان المطلق في الداخل وإلى سياسة الفتح

«..l'Etat est subordonné à une régle de droit supérieure à lui-même, qu'il ne crée pas et qu'il ne peut pas violer L'essentiel, c'est de comprendre et d'affirmer, avec une indéfectible énergie, qu'il y a une régie de d roit suprieure à la puissance publique, qui vient la limiter et lui imposer des devoirs. Il faut s'élever de toute sa force et de toute son indignation contre ces doctrines qui, se réclamant des plus grands noms de la philosophie et de la juisprudence allemandes, de Kant, de Hegel, de Ihering, de Jellinek, enseignet que l'Etat fait le droit, qu'il n'est pas limité par lui, ou du moins qu'il ne l'est que dans la mesure qu'il fixe lui. même j', ai déjà fait justice de ces théories néfasty qui, je l'ai montré, conduisent nécessairement à la politique d'absolutisme à l'intérieur, à la politique de la conquête à l'extétieur- (Duguit. Dr. Const. 2ème éd. III p.p. 547-548).

(۱) وهذه هي عباراته:

«Sil'Etat, administrateur et jûge, est lié par la loi qu'il a faite ... l'Etat législateur est lui-même lié par un droit supérieur à lui». (Duguit, Dr. Const. 2ème éd, III p. 553). الحقوق (déclaration des droits) : والنصوص الدستورية الجامدة : lois) constutionnelles rigides) . ففي إعلان الحقوق - كما يقول - ، تنعقد جمعية في ظروف استثنائية، وتعلن مبادىء معينة تختارها من بين مبادىء القانون الأعلى، وتفرضها على الدولة، لا على السلطة التشريعية العادية فحسب بل أيضاً على السلطة المؤسسة. وكل تشريع، أيا كان هذا وأباكانت السلطة التي أصدرته، لابد أن يكون متفقاً مع هذه العباديء. فإذا خالف التشريع مبدأ منها كان مخالفاً للقانون، ولا يكون إذن واجب الطاعة. والنصوص الدستورية الجامدة ثأتي مكملة لإعلان الحقوق... فإن هذه النصوص الدستورية تقيد السلطة التشريعية العادية، ولا يجوز لهذه أن تمسها بنسخ أو بتعديل (١) ثم يقول إن هذين المصدرين المكتوبين لايتسعان لجميع المباديء التي بنطوى عليها القانون الأعلي فإن هذا القانون في تطور دائم. ومن المستحيل، كما يقول و الا نعترف باحتمال أن تقوم في كل وقت مبادىء قانونية أعلى من الدولة ، ثم لا تكون هذه المبادىء مكتوبة لافي إعلان الحقوق ولافي النصوص الدستورية. وهي بالرغم من أنها غير مكتوبة تلزم الدولة بنفس القوة التي كانت تلزمها بها لو أنها أعلنت على وجه رسمي. ويترتب على ذلك وجوب التسليم بأن القضاء. الذي يملك الامتناع عن تطبيق التشريعات المخالفة لإعلان الحقوق او للدستور ، يجب ايضاً ان يمتنع عن تطبيق تشريع قد لا يخالف نصاً دستورياً مكتوباً ، ولكنه يتعارض حتماً مع مبدا من مباديء

⁽١) وهذا هو الأصل القرنسي:

^{•} une assemblée réunie dans des conditions exceptionnelles formule certains prinoipes de droit supérieur qui s'imposent à l'Etat, non seulement au pouvoir législatif ordinaire, mais même au pouvoir législatif constituant, et toute loi, quelle qu'elle soit, quel que soitl'organe dont elle émane. doit être faite conformément à ces ptincipes. Si elle viole l'un d'eux, elle est contraire au droit ét logiquement aucune obéissance ne lui est due. Le système des lois constitutionnelles rigides vient compléter le système des déclarations des droits Ces règles s'imposent au législateur ordinaire clles ne peuvent être ni abrogées, ni modifiées par lui». (Duguit, Dr. Const. 2ème éd. III p. 554).

القانون الأعلى غير المكتوب، وهو مبدء يحسن ضعير الجمهور إحساساً قوياً أنه ملزم للدولة (١٠).

يوجد إذن، في نظر ديجيه، قانون يسبق الدولة في القدم (antérieur ميعلو عليها (supérieur à l'etal)، هو الأصل الذي ترد إليه جميع التشريعات. ويكون التشريع صحيحاً أو باطلاً، لا لموافقته أو مخالفته لنصوص الدستور فحسب، بل أيضاً لموافقته أو مخالفته لهذا القانون الأعلى (Droit. Supériur). ونصوص ذاتها لا تكون صحيحة إلا بقدر ما تتفق مع هذا القانون، بل إن كثيراً من هذه النصوص ليست إلا تقنيناً له. فما هي خصائص هذا القانون الأعلى، وكيف نتعرف على مبادئه؟

يجيب ديجيه بأن اى مبدأ ادبى أو اقتصادى، حتى يصبح من مبادىء القانون الأعلى ، يجب أن تجتمع له ظاهرتان: شعور جمهور الناس بأن هذا المبدأ قد أصبح قيامه ضرورياً للاحتفاظ بالتضامن الاجتماعى (solidarité sociale)، ثم شعور جمهور الناس بأن هذا المبدأ حق وعدل (solidarité sociale)، والعدل شيء نسبي في نظر ديجيه . فلمس بوجد

(١) وهذا ما يقوله في عباراته الأصلية:

«Il est donc impossible ... de ne pas reconnaitre qu'à tout moment peuty avoir des principes du droit supérieur à l'Etat, qui ne sont formulés ni dans les déclaratinos des droits, ni dens les lois constitutionnelles et qui, quoique non écrits, obligent l'Etat aussi rigoureusement que s'ils avaient été solennellement proclamés. Comme consequence, il faut admettre que les juridictions qui ... doivent avoir compètence pour refuser d'appliquer toute loi contraire aux déclarations des droits ou à la constitution, doivent pouvoir aussi refuser d'appliquer une loi qui sans contenir une violation d'une règle constitutionnelle écrite, est certainement en contradiction avec un principe du droit supérieur non-écrit et que la conscience collective aperçoit foriement comme s'imposant à l'Etats. (Duguit, Dr. Const. 2ème éd. III p. 556).

(١) وننقل هذا ، في الأصل الفرنسي ، ما يقوله ديجيه في هذا المعنى :

«La conscience chez la masse des individus d'un groupe donné que telle règle morale ou économique est essentielle pour le maintien de la solidarité sociale. la conscience qu'il est juste de la sanctionner, voilà les deux éléments essentiels de la formation et de la transformation de la règle de droit». (Duguit, Dr. Const. 2ème éd I p. 55).

شيء عادل في ذاته . وإنما يكون الشيء عادلاً بالنسبة إلى بيئة معينة وإلى زمن معين(١١). ومبادىء القانون الأعلى ملزمة للناس. وتأتى هذه القوة الملزمة من أن الإخلال بهذه المبادىء يرتد أثره في الشعور العام، فيحس الجمهور أن العدل يقتضى تدخل السلطة العامة لقمع هذا الإخلال وقاية للتضامن الاجتماعي(٢). فأقوى ما يكون شعور الجمهور بقيام مبدأ من مبادىء القانون الأعلى هو إذن في الوقت الذي يقع فيه الإخلال بهذا المبدأ. وعند ذلك تنادى الناس بوجوب تسجيله بين المبادىء القانونية المكتوبة، فيصدر تشريع به يكون في الواقع من الأمر تقريراً لقاعدة موجودة ، لا إنشاء لقاعدة حديدة(٣).

وينكر ديجيه أن تكون القاعدة العامة القانونية (la règle juridique)، على النحو الذي يقول به ، هي رجوع إلى فكرة القانون الطبيعي . فالقانون الطبيعي يستند إلى إرادة عليا فوق المجتمع، واحكامه مثالية مطلقة، لاتتغير في جوهرها وإن تغيرت في مظاهرها، ويسعى المجتمع أن يكشف عنها ليقترب منها ما استطاع . أما القاعدة القانونية التي يقول بها ديجيه فليست وليدة إرادة عليا ، بل هي تنشأ من طبيعة الروابط الاجتماعية ذاتها ، إذ تقوم على اساس من التضامن الاجتماعي. وليست هذه القاعدة مثالية مطلقة ، بل هي واقعية متطورة . ثم إن المجتمع لاحاجة به للسعى

ولما كان ديجيه ينكر أن يكون للأمة شخصية معنوية ، فقد تجنب أن يستعمل لفظ

[·] الجماعة ، (collectivité) ، واستعمل عبارة (masse des individus) التي ترجمناها بعبارة اجمهور الناساء.

⁽١) ديجيه في القانون الدستوري الطبعة الثانية جزء أول ص ٤٩ ـ ص ٥٠ . (٢) ديجيه في القانون الدستوري الطبعة الثانية جزء أول من ٦٥.

⁽٣) وينتقد هوريو نظرية ديجيه في نشأة القاعدة القانونية، ويذهب إلى ان القاعدة القانونية تبدأ في صورة إرادة من السلطة العامة، فإذا اذعنت لها الناس استقرت نهائياً ، وإلا اضطرت السلطة العامة إلى سحيها . فالقاعدة القانونية تشتمل إذن على عنصورين ارادة السلطة العامة وإذعان الناس، ولكن قوتها الملزمة ترجم إلى العنصر الأول دون الثاني (انظر في رأى هوريو وبخاصة كيف يحلل التشريع إلى عنصريه، فيجعل تقديم الحكومة لمشروع قانون إلى البرلمان هو عنصر إرادة السلطة العامة ، ويجعل موافقة البرامان على مشروع القانون بمثابة العنصر الثاني وهو إذعان الناس_ وجيزة القانون الدستوري سنة ١٩٢٣ ص ٢٥٧ _ ص ٢٥٧ لاسيما الحاشبة رقم ۲ في من ۲۵۳).

فى الاقتراب منها ، إذ هى دانية منه أبداً ، بل هى لصبيقة به ، قمنه نشأت ، وفيه تعيش(١٠) .

والقاعدة القانونية في نظر ديجيه أقدم من التشريع، وأقدم من الفقه والقضاء، وأقدم من العرف. وما التشريع، ولا الفقه والقضاء، ولا العرف، إلا العرف، إلا وسائل عملية متنوعة، إذا تباينت في مقوماتها، وتفاوتت في قوتها، فإنها تتلاقي جميعاً عند وظيفة واحدة، هي الكشف عن القاعدة في قوتها، فإنها تتلاقي جميعاً عند وظيفة واحدة، هي الكشف عن القاعدة القانونية التي نشأت من طبيعة الروابط الإجتماعية، وقامت على أساس من التضامن الاجتماعي، وأحس الناس بضرورتها وبعدالتها. وقد يعبر أميناً دقيقاً في وقت معين. ثم لا تلبث القاعدة القانونية أن تتطور تبعاً لتطور الروابط الاجتماعية ولضرورات التضامن الاجتماعي ولأنظار الناس في تقدير ما هو حق وعدل، فيصبح العرف أو القضاء أو الفقه أو التشريع منخافاً عن غرضه، غير دقيق فيما يترجم عنه، ومن ثم بعوزه التصحيح والتعديل، فإذا ما تغير العرف، أو جرى القضاء على نهج آخر، أو اعقب الفقه القديم فقه جديد، ونسخ التشريع تشريع يحل مكانه، عادت هذه الوسائل مرة آخرى إلى ماكانت عليه من الدقة في تأدية وظيفتها. إذ أنها الوسائل مرة آخرى إلى ماكانت عليه من الدقة في تأدية وظيفتها. إذ أنها تكون قد جارت القاعدة القانونية في تطورها.

فالتشريع إذن في رأى ديجيه لايكون صحيحاً إلا بقدر ما يعبر تعبيراً صحيحاً عن القاعدة القانونية . فإذا لم يعبر عنها ، ولم ينسخه تشريع آخر ، نسخه القضاء ، أوهجره الناس . وقد كانت المسؤولية التقصيرية القائمة على خطا يثبته المضرور هي المسئولية التي قررها القانون المدني الفرنسي وقت أن وضع في سنة ١٨٠٤ . ولما تطورت القاعدة القانونية إلى المسئولية التي لا تقوم على خطأ ثابت ، تطور القضاء إلى هذا المعنى، وتخلف التشريع فنسخه القضاء . بل إن التشريع قد يولد ميتاً لأنه منذ وضعه لا يكون معبراً تعبيراً صحيحاً عن القاعدة القانونية ، كما وقع في فرنسا لنظام المعاشات الإجبارية وقد سنه قانون ٥ أبريل سنة ١٩٩٠ للمستخدمين في الصناعة والتجارة والزراعة والمهن الحرة وللخدم ، ولم

⁽١) ديجيه في القانون البستوري الطبعة الثانية جزء أول ص ٧٢.

يكن النظام فى ذلك العهد قد انفرس فى نفوس الناس، ولم تكن طباعهم قد تالفته، فنبذوه ولم ينزلوا عند حكمه، واستبدلوا به النظام التأمين الاختيارى.

ولما كان ديجيه يرى أن القاعدة القانونية تسبق الدولة وتعلو عليها ، فقد كان طبيعياً أن ينكر على الدولة أن يكون لها سلطان (souveraineté)، سواء تمثل هذا السلطان في شخص حاكم مستبد مطلق يزعم لنفسه أنه يستمد سلطانه من عند أنه (droit divin)، أو تمثل في صورة حاكم ديمقراطي شعبي يذهب إلى أنه يستمد سلطانه من سيادة الأمة ولا للأمة جمعاء ، وإنما السيادة للقانون ، وفيه وحده يتمثل السلطان . ومن هنا كانت الدولة هي التي تخضع للقانون ، ولا يخضع القانون للدولة . هنا كانت الدولة هي التي تخضع للقانون ، ولا يخضع القانون الدولة أو ملكاً أو قنصلا أو رئيس جمهورية ، ثم ليطن عن إرادته ، فما هو إلا إنسان ، وليست لإراته في ذاتها قوة منشئة في عالم القانون أعلى من رعاياه هذا).

⁽۱) وهذه هي عبارات ديجيه:

[«]Que ce soit un empereur, un roi, un consul, un président de la république, qui fasse une déclaration de volonté, ce n'est jamais qu'un homme et cette déclaration de volonté n'a pas en soi plus de force créatrice dans le domaine du droit que celle du dernier des sujets». (Duguit, Droit. Const. 2éme éd. 1 p. 515).

ويتكر ديجيه، تبعاً لذلك، أن يكون هناك تمييز بين القانون العام والقانون الخاص والقانون الخاص، الإمن ناحية الجزاء الذي يترتي يترتي على القاعدة القانونية وكيفية تحقيق هذه القاعدة، لك أن التمييز بين القانون العام والقانون الخاص إما يقا يقوم على الساس أن الدولة له شخصية معنوية وأن لها سلطاناً، ومن ثم تكون علاقات الأقراد بالدولة غير علاقاتهم بعضهم بعضى. ولما كان ديجيه يتكر على الدولة أن يكون لها سلطان أو أن يكون لها شخصية معنوية، فهو يرى الا أساس لهذا التمييز، وأن التمييز لا يقوم إلا إذا سلمنا أن الدولة هى التي تخلق القانون، فعند ذلك تكون دراسة القانون الخاص مى دراسة هذا القانون الذي سلطانها الدولة على سلطانها بمحض إدادتها (ديجيه القانون الدعة المحض إدادتها (ديجيه القانون الدستورى الطبعة الثانية جزء أول ص ٥٧٠ و

والدولة في نظر ديجيه لنست سلطاناً عامر فيطاع ، بل هي هيئة قوامة على محموع من المرافق العامة (fédération de sevices publice) ، بدأت منذ القدم تتمثل في مرافق ثلاثة، هي مرفق الدفاع ومرفق البوليس ومرفق القضاء، ثم كثرت هذه المرافق وتنوعت، وأصبحت من الكثرة والتنوع بحيث تستغرق أهم ميادين النشاط الاجتماعي والنشاط الاقتضادي، وهي بالرغم من كثرتها ومن تنوعها تجتمع كلها عند فكرة واجدة هي فكرة التضامن الاحتماعي في صورتيها، الصورة السلبية وتنهى عن كل ما يعوق هذا التضامن، والصورة الإيجابية وتأمر بكا ما يوطده ويقويه. فتدير الدولة البوم، إلى جانب مرافق الدفاع والبوليس والقضاء، مرافق أخرى كمرفق التعليم، ومرفق الصحة العامة، ومرفق العمل، ومرفق التموين، ومرفق الضمان الجماعي، ومرفق المواصلات، ومرفق البلدية، ومرفق الزراعة والصناعة والتجارة والنشاط الاقتصادي بوجه عام، وهكذا تتعدد هفه المرافق وتتشعب، وتضطرد في تعددها وتشعبها، ولكنها تقوم جميعاً على أساس واحد، هو التضامن الاجتماعي، فالقاعدة القانونية الكبرى هي أن تدبر الدولة، بما تتتضيه واجبات التضامن الإحتماعي، هذه المرافق العامة . وكل عمل تأتيه الدولة أو الأفراد لتحقيق هذه المعنى هو عمل مشروع بحمية القانون . وكل عمل يتعارض مع هذا المعنى هو عمل غير مشروع بمنعه القانون قبل أن يقع، ويرتب عليه الجزاء إذا ما وقع(١). فالدولة ليست إذن إلا مركزاً لهذه المرافق مجتمعة ، تقوم عليها ، وتكفل بقاءها غير منقطعة . وليس لأحد ، ولو كان الحاكم ، أن يفرض إرادته إذا تعارضت هذه الإرادة مع القواعد القانونية ، ولاطاعة للحاكم في معصية القانون(٢) . فإذا كانت إرادة السلطة الحاكمة ، ولندعها تتمثل في تشريع، واجباً على المحكوم طاعتها، فليس ذلك لأن هذ الإرادة

⁽١) ديجيه القانون الدستورى الطبعة الثانية جزء ٢ ص ٦٤ ـ ٦٥ .

⁽٢) وهذا ما يقوله ديجيه:

[•]Nul n'a le droit de commander aux autres, ni un empereur, ni un roi ni un parlement, ni une majorité populaire ne peuvent imposer leur volonté comme telle; leurs actes ne peuvent s'imposer aux gouvernés que s'ils sont conformes au droit- (Duguit, Droit Const. 2ême éd. 1 p. 518).

اعلى من إرادة المحكوم، أو لأنها تتمتع بسلطان مزعوم، بل لأن هذه الإرادة مفروضي فيها أنها تتفق في محلها وفي غايتها مع القانون. أما سلطان الدولة فشيء لاوجود له(١).

والذى يستخلص من نظرية ديجيه، فيمانحن بصدده من بحث دستورية القوانين، أن كل تشريع يتعارض مع القانون الأعلى في مبادئه التي تقوم على فكرة التضامن الاجتماعي، سواء كانت هذه المبادىء

(۱) وننقل هنا عبارات ديجيه

«Quand donc un acte émanant des gouvernants s'impose à l'obéissance des gouvernés, ce n'est point, qu'il émane d'une prétendue volonté supérieure, investie d'un prétendu droit subjectif de commandement mais parce que par bypothése, it est, par son objet et par son but, conforme au droit objectif de la collectivité considérée. De droit de souveraineté il n'y en a pas». (Duguit, Droit Const. 26me éd. I p.p. 515.516).

ويلخص ديجيه مذهبه في العبارات الأنية ، فلننبذ إذن ، نبذأ نهائياً ، هذه النظريات التي تولد مشاكل النظريات المتيقة في شأن شخصية الدولة وسلطانها ، وهي النظريات التي تولد مشاكل لا حل لها ، وتجرائي منافشات عقيمة لا نتنهى ، ثم هي النظريات التي كانت وستكون دائماً أساساً للحكم المستبد المطلق في الداخل والسياسة العدوان والفقع في الخارج دوليات المتكافئ المتواعد القانون القائمة على التضامن الاجتماعي فيما بين الدول وقواعد القانون هيابين الدول وتواعد القانون هيابين الدول وتواعد القانون هيابين الدول وتواعد القانون هيابين الدول والمبات يؤدنها . وإنما تكون إعمالهم مشروعة واجبة الطاعة ، ليس لأنها تصدر من شخص ذي سلطان مزعوم ، بل لأنها ـ وليس إلا لأنها ـ وليس للا لأنها ـ وليس للا للأنها ـ وليس للا للأنها ـ وليس للا للأنها ـ وليس للا للذكرة العامة المائية على ما سيأتي من البحوث ه .

*Bannissons donc une fois pour toutes ces conceptions surannées de personnalité de souveraineté de l'Etat, qui donnent naissance à des problèmes insolubles, à des discussions interminables et vaines, qui ont toujours été et seront toujours le principe d'une action tyrannique et dietatoriale à l'intérieur et d'une politique agressive et conquérante à l'extérieur. Disons: Les gouvernants sont des individus comme les autres, soumis comme tous les individus à des règles de droit fondées sur une solidarité sociale et intersociale: ces règles de droit leur imposent des devoirs et leurs serout légitimes et s'imposeront à l'obéissance, non parce qu'ils émanent d'une prétendue personne sourveraine, mais quand et seulement quand ils sont conformes aux règles de droit qui s'imposent à leurs auteurs. Telle est l'idée générale qui inspirera toutes études qui vont suivre. (Duguit, Dr. Const. 2 ème éd p.p. 564-565.

مكتوبة أو غير مكتوبة، يكون تشريعاً غير دستورى، ومن ثم يكون تشريعاً باطلاً. وقد سبق لديجيه أن قرر هذا المعنى، ويقربره الآن فى كثير من الوضوح إذ يقول: وسأصف فى إيجاز كل تشريع يتعارض مع مبدأ من مبادىء القانون، سواء كان هذا المبدأ مدوناً فى قانون أرقى من التشريع العادى كوثيقة إعلان الحقوق والدستور الجامد أو كان غير مدون، بأنه تشريع غير دستورى، وجماع القول أننى اعنى بالتشريع غير الدستورى أن يكون مرافعاً للتشريع الذى يتعارض مع القانون الأعلى، مكتوباً كان هذا القانون أو غير مكتوب ع(١).

(١) وهذا هو نص ما يقوله ديجيه في أصله الفرنسي:

*... je qualifierai simplement de loi inconstitutionnelle toute loi contraire à un principe supérieur du droit, insert ou non dans une loi supérieure à la loi ordinaire, déclaration des droits ou loi constitutionnelle rigide. En un mot je preds l'expression: loi inconstitutionnelle, comme synonyme de loi contraire au droit supérieur écrit ou non écrit. (Duguit, Dr. Const. 2ème éd. III p. 660).

ثم يقول ، في مكان آخر ، لتبرير هذه القاعدة : ولا شك في أن المنطق يقضى بانه إذا تعارض قانون ادنى مع قانون أعلى ، فالقانون الأعلى هو الذي يجب على المحاكم تطبيقه ، ومن ثم تمتنع هذه المحاكم عن تطبيق القانون الأدنى ، فإذا قام تقارض بين التشريع العادى من جهة وبين نصوص الدستور أو نصوص إعلان الحقوق من جهة أخرى فلا إنستطيع المحكمة أن تطبق التشريع العادى . كذلك إذا قام تعارض بين نص في الدستور ونص في وثيقة إعلان الحقوق ، وجب على المحكمة أن تطبق النص الثاني وأن تمتنع عن تطبيق النص الأول ه .

... il est incontestablement logique qu'au cas de contradiction entre la loi supérieure, c'est cette dernière que doivent appliquer les tribunaux, lesquels refusent par là même d'appliquer la loi inférieure. S'il y a contradiction entre la loi ordinaire d'une part et la loi constitutionnelle ou la déclaration des droits d'autre part, le tribunal ne peut pas appliquer la loi ordinaire. De même. s'il y a contradiction entre la loi constitutionnelle et une disposition de la déclaration des droits, le tribunal devra appliquer celle ci et refuser d'appliquer celle - là». (Duguit, Dr. Const. Zèmer. éd. III p. 668).

ويذهب هوريو إلى هذأ الرأى في تعليقاته على أحكام لمجلس الدولة الفرنسي

قضت بمشروعية القرارات الصادرة بفصل عمال البريد بسبب إضرابهم، دون أن يطبق مجلس الدولة المادة ٦٥ من القانون رقم ٢٢ اسنة ١٩٠٥. واعتبر هوريو أن هذا القانون، وهو قانون يعترف بمشروعية إضراب الموظفين، غير دستوري لأنه يخل بعبداً جوهري، ومن ثم لا يجوز للمحاكم أن تطبقه. ويقول في هذا الصدد إن التشريم ويؤخذ من هذا كله أن القانون المكتوب في نظر ديجيه ليس هو كل القانون، وأن هناك مبادئ عليا غير مكتوبة تسمو في مرتبتها على كل قانون مكتوب. فإذا خالف التشريع هذه المبادئ، كان تشريعاً باطلاً.

يكون غير دستورى ليس فحسب إذ خرق نصاً صريحاً في المستور ، بل ايضاً إذا الما بعبدا جوهرى تقوم عليه حياة الدولة ذاتها . وفي الولايات المتحدة الأمريكية تقضى المحكمة العليا بعدم مستورية القوانين ، ليس فحسب إذا كانت تتمارض مع نص مكتوب في السنور ، بل ايضاً إذا كانت تتمارض مع العبادي» العامة المجوهرية التي تقوم عليها الحياة الاجتماعية والاقتصادية للبلاد وتصل المحكمة العليا في هذا الطريق إلى حد أن نقضى في صحة أو بطلان التعديلات التي يراد إبخالها على الدستور ذاته . وفقاً لما إذا كانت هذه التعديلات تتفق أو تتعارض مع هذه العبادي» العامة الجوهرية.

هذا ويذهب ديجيه في تقرير الحق في مقاومة التشريع غير الدستوري إلى مدى بعيد . فيقول إن من حق كل إنسان أن يقاوم تطبيق تشريع يتعارض مع العبادي، القانونية العليا بكل أنواع المقاومة (١) بالمقاومة السلبية (résistance passive) أو لا ، وذلك بالا يتغذ حداً مختاراً احكام هذا التشريع . (٢) وبالمقارنة الدفاعية (résistance passive) تنفيذ لحكام التشريع الداخل، ولا عليه أن يتهم بجريمة التمرد الشورة ، وذلك بأن يتهم بجريمة التمرد (récisitance) ، فيئه يستطيع مفع هذه التهدية بأنه لم يقاوم تشريعاً مصحيحاً ، بل قاوم تشريعاً باطلاً ينطوي على إخلال بعبادي، القانون . (٣) وبالمقاومة الهجومية (résistance agressive) اخيراً ، وذلك بأن يعمد إلى القرارة (résistance agressive) تقوير مشروعية الثورة (انهات المتاريع على المقانون النظرية . أما من الناحية العملية ، فإن أمر مشروعيتها لا يعرض على المحاكم إلا إذا لخفقت ، وعند ذلك لا تتردد المحاكم في اعتبارها غير مشروعة (ديجيه في القانون الدستوري الطبعة الثانية الجزء الثالث ص ٢٠٠٥ ـ ٢٠٠٠).

ويستطيع ديجيه ، بعد أن قرر من الناحية النظرية مشروعية الثورة في وجه تشريع باطل ، أن يرد ما يقرره في هذا الشأن إلى أصول مذهبه ، فهو يرى أن القوة الملزمة لمبادىء القانون الأعلى تأتى من أن الإخلال بهذه العبادىء يرتد أثره في الشمور العام ، فيحس الجمهور أن العدل يقتضي تنخل السلطة العامة لقمع هذه لإخلال. وظاهر أن خطوة أخرى في هذا الطريق تؤدي به إلى أن يقول: إذا صدر تشريع باطل ينظ بمبادىء القانون الأعلى العلزمة ، وأحس الجمهور أن العدل يقتضي تدخل السلطة العامة لقمع هذا الإخلال ، ولم تتدخل هذه السلطة ، فإن البمهور يستقزه هذه الإخلال شيئاً فشيئاً كلما تزايدت جسامته ، حتى إذا أصبح لا يستطيع عليه صبراً ، تدخل هو شيئاً فشيئاً كلماء وحل محلها في قمعه ، وهذه في الأفروة.

ومهما بكن من امر هذه النظرية الجليلة التي يقول بها ديجيه ، فنحن لانذهب معه إلى هذا المدى، خشية ما عسى أن يصيب التشريع من تقلقل واضطراب إذا نحن عمدنا في استخلاص المباديء القانونية العليا إلى قانون غير مكتوب تختلف فيه الأنظار وتتباين عنده المذاهب، ثم جعلنا دستورية التشريع رهناً بهذه المبادئء غير المستقرة. لذلك كان لابد لنا من أن نقتصر في إستخلاص المباديء القانونية العليا على القانون المكتوب، أي على نصوص الدستور. وقد فعلنا ذلك تجنباً للنقاش والجدل، وتوخياً للموضوعية التي التزمناها، وإبعاداً للبحث عن ميدان النظر الفلسفي لجعله بحثاً واقعياً صالحاً للتطبيق العملي. ونكتفي إذن بتقرير أن هناك مبادىء عليا تسود الدستور المصرى وتهيمن على جميم احكامه، وهذه المباديء العليا التي هي روح الدستور تستخلص إستخلاصاً موضوعياً من نصوصه المدونة. وهذا الإستخلاص الموضوعي المحض هو من اليسر والوضوح بحيث لا يمكن أن يكون محلاً للجدل. ومتى استخلصنا هذه المباديء العليا للدستور المصرى - ولاشأن لنا هنا بمبادىء عليا مجردة ولابقانون أعلى على النحو الذي ذهب إليه ديجيه كان على المشرع المصرى ان يلتزمها في تشريعاته، وأن يتجنب الانحراف عنها فيما له من سلطات تقديرية . فإذا صدر تشريع يتعارض مع هذه المباديء العلما ، كان التشريع باطلا لما منطوى عليه من إنجراف في إستعمال السلطة التشريعية . هذا هو المبدأ الذي نقرره ، وهو كما نراه مبدأ موضوعي واقعى، لا يعتوره التقلقل الذي يصحب المعيار الذاتي، ولا تكتنفه الجيل الذي تحيط بالنظر القلسفي، وعلينا الآن أن نطبقه.

ونبدا بأن نستخلص استخلاصاً موضوعياً المبادىء العليا للدستور المصرى. وقد سبق أن اخترنا بعض هذه المبادىء فى الفروض الأربعة الأولى، فرجعنا إلى طبيعة التشريع ذاتها ، ثم إلى الغرض المخصص الذى رسم للتشريع ، ثم إلى الحريات والحقوق العامة فى حدودها الموضوعية ، ثم إلى الحقوق المكتسبة وما يجب لها من الاحترام . وقد جعلنا الصدارة لهذه المبادىء الأربعة لأنها فى نظرنا قد تبلورت تبلوراً موضوعياً كافياً جعلها جديرة بمنزلة خاصة تقرد فيها بالذكر . والآن نلقى نظرة شاملة على الدستور المصرى لنستخلص بوجه عام مبادئه العليا ، تلك التي سبق

أن قررناها وهذه التى سنقررها فيما يلى، حتى يستقيم لنا فيها نظرجامع.

دستورنا المصرى، وهو كما تقول ديباجته وكاحدث الأنظمة الدستورية في العالم وأرقاها، تعيش (الأمة) في ظله عيشاً سعيداً مرضياً، وتتمكن به من السير في طريق الحياة الحرة المطلقة، ويكفل لها الاشتراك العملي في إدارة شؤون البلاد والاشراف على وضع قوانينها ومراقبة تنفيذها،، يعنى كاي نظام دستوري راق بالفرد وبالجماعة.

يعنى بالفرد: ومن ثم أفرد باباً هاماً يقرر فيه حقوق المصريين العامة وواجباتهم، وهو في كل النصوص التي اشتمل عليها هذا الباب إنما يخاطب المشرع نفسه، ويوجب عليه حماية الحريات والحقوق العامة في تشريعاته. فيقرر مبدأ المساواة بين المصريين. ثم يقرر مبدأ الحرية الشخصية، بما يستلزمه هذا المبدأ من تحريم ضروب الاعتداء على حرية الفرد، من قبض أو حبس أو توقيع عقوبة أو إبعاد أو تقييد لمظاهر الحرية الشخصية، وما يستتبعه من حرمة المسكن واحترام السرية في المراسلات. ثم يقرر مبدأ حرية الرأى، بما يستتبعه هذا المبدأ من حرية العقيدة وحماية الشعائر الدينية وحرية الصحافة وحرية الاجتماع وحق تكوين الجمعيات. ثم يقرر حرمة الملكية، فلا ينزع عن أحد ملكه إلا بسبب المنفعة العامة وبشرط التعويض العادل، ولا تجوز المصادرة المامة للأموال.

ويعنى الدستور المصرى بالجماعة، أي بالدولة المصرية أمة وحكرمة. فيقرر في مادته الأولى أن مصر دولة ذات سيادة، وهي حرة وحكرمة. فيقرر في مادته الأولى أن مصر دولة ذات سيادة، وهي حرة وشكلها نيابي. ثم يقرر أن جميع السلطات مصدرها الأمة. ويميز بعد ذلك ببين السلطات الثلاث، التشريعية والتنفيذية والقضائية. فيقرر استقلال السلطة القضائية. ويبين الارتباط ما بين السلطئين التشريعية والتنفيذية، فهما سلطتان متميزتان متماونتان، كل منهما رقيبة على الأخرى. تراقب والتحقيق والاتهام وتقرير عدم الثقة. ويتمتع أعضاء هذه السلطة والتصابة البرلمانية. ولا يجوز للسلطة التشفيذية أن تعرقل ما للسلطة التشريعية من حق التشريع إلا في حدود معينة رسمها الدستور، وتتلخص، التشريعية من حق التشريع إلا في حدود معينة رسمها الدستور، وتتلخص،

في حق الاعتراض (droit de veto) ولا يترتب عليه إلا تأخير التشريع أو استلزام أغلبية خاصة لتقريره إذا أريد به الا يتأخر . وتعاون السلطة التنفيذية السلطة التشريعية وتراقبها بما اعطى الدستور للسلطة التنفيذية من حق اقتراح القوانين، ووضع اللوائح التنفيذية ولوائح البوليس، ومن حق ترتيب المصالح العامة، وإصدار مراسيم الضرورة، ومن حق تأجيل إنعقاد البرلمان، ومن حق حل مجلس النواب، فإذا صدر مرسوم بحل مجلس النواب، وجب إجراء إنتخابات جديدة في ميعاد لا يجاوز شهرين وتحديد مبعاد لاجتماع المجلس الجديد في العشرة الأيام التالية لتمام الانتخاب، كل هذا حتى لا تتعطل رقابة البرلمان على السلطة التنفيذية مدة طويلة. هذا هو مدى الارتباط والتعاون والرقابة مابين السلطتين التشريعية والتنفيذية في الظروف العادية . فإذا ما قامت ظروف إستثنائية تستدعى إعلان الأحكام العرفية ، فهنا ترجح كفة السلطة التنفيذية ، وتجمع في يدها في نواح معينة ما بين السلطات الثلاث. ولكن الدستور مع ذلك جعل للسلطة التشريعية رقابة على السلطة التنفيذية في إستعمالها لهذه السلطات، فأوجب أن يصدر تشريع ينظم الأحكام العرفية مقدماً، ويبين بوجه خاص السلطات الاستثنائية التي تعطى للقائم على إجراء هذه الأحكام. وقيد هذا التشريع بألا يعطل من إنعقاد البرلمان حتى يبقى هذا رقيباً على السلطة التنفيذية وهي تباشر سلطاتها الاستثنائية بما يبقى له من حق السؤال والاستجواب وتقرير عدم الثقة . وأوجب أن يعرض مرسوم إعلان الأحكام العرفية فوراً على البرلمان ليقرر استمرارها أو إلغاءها.

هذه هي بعض المبادئ العليا التي يمكن استخلاصها استخلاصاً موضوعياً من نصوص الدستور واحكامه. وقد لخصها الدستور ذاته في عبارة شاملة ليجعلها مبادئ ثابتة مستقرة لا يجوز أن برد عليها تنقيح بتعديل أو حذف أو إضافة. فنصت المادة ٥٦١ من الدستور على أن الملك ولكل من المجلسين اقتراح تنقيح هذا الدستور بتعديل أو حذف حكم أو أكثر من أحكامه أو إضافة أحكام أخرى، ومع ذلك فإن الأحكام الخاصة بشكل الحكومة النيابي البرلماني، وبنظام وراثة العرش، وبمعمل الحرية والمساواة التي يكفلها هذا الدستور، لا يمكن اقتراح تنقيحها ، فإذا صدر تشريع، عن سلطة تقديرية، يتعارض مع هذه

المبادىء العليا، حتى لو لم يتعارض مع نص خاص من نصوص الستور، فقد قدمنا أن هذا التشريع يكون باطلا لانطوائه على انحراف في إستعمال السلطة التشريعية، وقد سبق أن أوردنا بعض التطبيقات لتشريعات تتعارض مع مبادىء الحرية والمساواة، فلا نعود إليها، ويبقى أن نورد تطبيقات للتشريعات التي تتعارض مع المبادىء العليا المتعلقة باستقلال السلطة القضائية وبالصلات القائمة ما بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في الظروف الحادية وفي الظروف الاستثنائية التي تعلن فيها الأحكام العرفية، ونختار من هذه المبادىء أربعة:

المبدأ الأول: يتعلق باستقلال السلطة القضائية. وقد نص الدستور في هذا الصدد في المادة ١٣٤ على أن والقضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون، وليس لأية سلطة في الحكومة التدخل في القضايا ٤. ومن هذا النص يستخلص مبدأ عام جوهري من المناديء العليا للدستور، هو مبدأ استقلال السلطة القضائية عن كل من السلطتين التنفيذية والتشريعية. بل إن السلطة القضائية هي الرقيبة على كل من هاتين االسلطتين، بما لها من حق التعقيب على تصرفات السلطة التنفيذية التي تخالف القانون فتقضى بإلغائها وبالتعويض عنها ، ويما لها من حق النظر في القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية إذا هي خالفت الدستور فتقضى بعدم دستوريتها على النحو الذي نبسطه في هذا البحث. فالسلطة القضائية إذن، وهذه مسئولياتها، يجب أن تتمتع باستقلال كامل، ولا يجوز لأية سلطة من السلطتين الأخربين التحيف عليها أو الانتقاص من استقلالها ، وإلا عجزت عن القيام بوظيفتها ، وتعطل حكم اليستور . فإذا صدر تشريم يبسط إشرافاً على القضاء يكون من شأنه أن ينتقص من استقلاله ، كان هذا التشريع باطلاً لانطوائه على انصراف في استعمال السلطة التشريعية . ويتوقف الأمر في ذلك على مدى الإشراف الذي يتقرر . فإن كان مجرد تنظيم لأعمال القضاء الإدارية بما لا يمس استقلاله ، كان التشريع صحيحاً . ولكن ينبغي في هذه الحالة تجنب لفظ و الإشراف و ، فإن هذا اللفظ يشعر بمعنى السيطرة والهيمنة ، ولا يجوز لأية سلطة أن تسيطر أو تهيمن على السلطة القضائية لما قدمناه . أما إذا كان الإشراف ينطوى على سيطرة حقيقة ، كان في هذا انتقاص لاستقلال القضاء ، وكان التشريم باطلاً . والبطلان هذا ليس لأن التشريع خالف نصاً صريعاً من نصوص الدستور فيما تكون فيه السلطة التشريعية سلطة محددة ، بل لأنه يتعارض مع المبادىء العليا للدستور فى أمر يتمتع فيه البرلمان بسلطة تقديرية . فالعيب الذى يلحق التشريع فى هذه الحالة ليس هو عيب مخالفة الدستور بل عيب الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية .

ومبدأ ثان من المباديء العليا للدستور هو مبدأ الحصانة البرلمانية. وقد رأينا أن الدستور ينص في المادة ١٠٩ على أنه ولا يجوز مؤاخذة أعضاء البرلمان بما يبدون من الأفكار والآراء في المجلسين ، وينص في المادة ١١٠ على أنه والاسجوز أثناء دور الانعقاد إتخاذ إجراءات جنائية نحو أي عضو من أعضاء البرلمان ولا القيض عليه إلا بإذن المجلس التابع هو له ، وذلك فيما عدا حالة التلبس بالجناية ٤ . ومن هذين النصين يستظمن مبدأ الحصانة البرامانية. وقد قدمنا أن التشريع الذي يخالف ' أحد النصين، فيجيز مثلا في أثناء دور الانعقاد وفي غير حالة التلبس القبض على عضو البرلمان يغير إذن المجلس المختص، يكون تشريعاً باطلاً، لا لانطوائه على انحراف في استعمال السلطة التشريعية، بل لمخالفته للدستور . ولكن التشريم قد لا يكون صريحاً إلى هذا الحد في مخالفته الدستور ، فلا يقرُّر جواز القبض على عضو البرلمان بغير إذن ، ولكن يحرم على أعضاء البرلمان اعتناق مذهب معين أو القول برأى معين، تحكماً من اغلبية اعضاء البرلمان في اقليتهم، ففي هذه الحالة يكون التشريع باطلاً ، لالمخالفته للنستور ، بل لانطوائه على انحراف في استعمال السلطة التشريعية. ولما كان إعلان الأحكام العرفية قد يقضى على الحصانة البرلمانية ، فيجوز ، إذا ما وسعت سلطات الحاكم العسكري ، القبض على عضو البرلمان من غير إذن، وجب ألا تتخذ هذه السلطة الاستثنائية ذريعة لتعطيل انعقاد البرلمان، فلا يصح لتشريع عرفي ان يجيز القيض على الأغلبية من أعضاء أحد المجلسين حتى لا يتعطل انعقاد هذا المجلس.

ومبدا ثالث من المبادئ العلمية المليا للدستور هو مبدا الفصل مابين السلطتين التشريعية والتنفيذية . وقد حدد الدستور لكل سلطة منهما نطاقاً لا يصبح لها أن تجاوزه . فأباح للسلطة التشريعية أن تصدر تشريعاً بفرض رسوم ، وأن تدع للسلطة التنفيذية إصدار لائحة لتحديد مقدار هذه الرسوم

وتنظيم طريقة دفعها ، فإن المادة ١٣٤ من الستور لم تشترط أن يصدر الرسم بقانون ولكن هذه المادة الرسم بقانون ولكن هذه المادة داتها أوجبت أن يكون فرض الضريبة بقانون يحدد مقدارها ، فإذا اصدر داتها أوجبت أن يكون فرض الضريبة بقانون يحدد مقدارها ، فإذا اصدر البرلمان تشريعاً يكل فيه إلى السلطة التنفيذية أن تحدد بلائحة مقدار رسوم فرضها هذا التشريع ، وكانت الرسوم إنما تخفى ضرائب حقيقية سترها البرلمان تحت وصف أنها رسوم ، كان التشريع باطلاً لانطوائه على انحراف في استعمال السلطة التشريعية ، وكانت اللائحة باطلة كذلك لصدورها من جهة غير مختصة .

ومبدأ رأبع من المبادىء العليا للدستور هو وجوب تقييد السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية وأن يكون هذا التقييد مقرراً في تشريع سابق. فإطلاق السلطة للحاكم العسكرى يتعارض مع هذا المبدأ الجوهري، ومن ثم إذا تضمن قانون الأحكام العرفية نصباً يوسع في سلطات الحاكم العسكرى توسيعاً يجعل منه حاكماً مطلقاً لاحد لسلطانه، كان هذا النص باطلاً لتعارضه مع المبادىء العليا للدستور والنطوائه على انحراف في استعمال السلطة التشريعية. مثل ذلك أن يتضمن قانون الأحكام العرفية نصاً يعفى الحاكم العسكرى من المسئولية عن الأعمال التي يأمر بها أو يتولاها ، فلا يجيز سماع الدعوى إذا كان الغرض منها الطعن في هذه الأعمال. نلك أن هذا النص يكون من شأنه أن يبيح للحاكم العسكري مجاوزة سلطاته الاستثنائية دون أن تترتب مسئولية في نمته، فتصبح سلطاته مطلقة لاحد لها، وهذا يتعارض مع المبادىء العليا للدستور . وقد رأينا أن قوانين التضمينات تكون هي أيضاً ماطلة إذا فسرت على أنها تعفى الحاكم العسكري من المسئولية عن الأعمال التي جاوز فيها حدود سلطاته. ونرى من ذلك أن النص الذي يعفى الحاكم من المستولية عن تجاوز سلطاته هو نص باطل، سواء أعفاه بعد وقوع الأعمال التي استوجبت المسئولية في صورة قانون من قوانين التضمينات، أو أعفاه مقدماً قبل وقوع هذه الأعمال في صورة نص عام يندرج في قانون الأحكام العرفية . ففي الحالتين يكون النص متعارضاً مع المباديء العليا للدستور ، ومنطوياً على انجراف في استعمال السلطة التشريعية(١).

⁽١) وقد صدر اخيراً مرسوم بقانون (رقم ١٤ لسنة ١٩٥٧) يضيف إلى قانون

هذه بعض تطبيقات لتشريعات متعارضة مع المبادى، العليا للدستور. ونجتزى، بهذا القدر، فهو كاف الإثبات أن التشريع قد لا يكون

الأحكام العرفية مادة جديدة بعد المادة ١٠ برقم ١٠ مكرو نصها كالآتى: ولا تسمع اما به جهة قضائية ابة دعوى او طلب أو دفع يكون الغرض منه الطعن في اى إعلان او تصرف أو امر أو تعبير أو قرار وبوجه عام أى عمل أمرت به أو تواته السلطة القاشمة على الأحكام العرفية أو مندوبوها، وذلك سواه أكان هذا الطعن مناشرة عن طريق المطالبة بإيطال شيء مما نكر أو بسحيه أو تعديله أو بوقف تنفيذه أم كان الطعن غير مباشر عن طريق المطالبة بتعويض أو بحصول مقاصة أو بإيراه من تكليف أو المتزام أو برد مال أو باسترجاعه أو باسترداده أو برد مال أو باسترجاعه أو باسترداده أو باستحقاقه أو باية

وفى راينا أن قانون الأحكام العرفية لا يجوز تعديله عن طريق مرسوم بقانون على الوجه العبين في العادة ١٤ من الدستور ، لأن الأحكام العرفية لا يجوز تنظيمها لإ بقانون يقرره البرلمان وفقاً للمادة ١٥٥ من الدستور ، واسوة بتنظيم الحقوق والعريات العامة . ويصدق هذا بنوع خاص لذا كان التعديل يشتمل على احكام تضالف الدستور وهذا هر شأن التعديل الذي يحن بصده إذ أن العادة ١٤ عن الدستور تشترط صراحة الا يكون المرسوم بقانون مخالفاً للدستور . فإذا أضفنا أن هذا التعديل لم يعرض على قسم التشريع بمجلس الدولة ، كان لنا أن نقول إنه باطل من ناحية العرضوع ومن ناحية الشكل . وقد صدر فعلاً ، بعد كتابة هذا العقال ، مرسوم العونون ماحية الشكل . وقد صدر فعلاً ، بعد كتابة هذا العقال ، مرسوم العونون بالحية الشكل . وقد صدر فعلاً ، بعد كتابة هذا العقال ، مرسوم

على أنه حتى لو كان التعديل قد أدخل في قانون الأحكام العرفية عن طريق قانون قرره البرلمان، لكان مع ذلك باطلاً أيضاً. فهو لا يعدو أن يكون قانون تضعينات سبق الأعمال التي تتحقق بها مسئولية الحاكم العسكرى، فحكمه هو عين حكم قانون التضمينات اللاحق لهذه الأعمال، وقد راينا أن قانون التضمينات لا يعفى من المسئولية عن مجاوزة الحاكم العسكرى لمدود اغتصاصه ولا عن انحراف في استعمال سلطته عن عمد أو عن خطا جسيم، أما الإعفاء من المسئولية عن الخطأ غير الحسيم فليس من شأنه كما قدمنا أن يقلب العمل الباطل صحيحاً، بل يبقى العمل باطلاً بيثى العمل واجباً إلغازه وولجباً وقف تنفيذه، وتسمع الدعوى في كل من هذين الطلبين، ولكن لا تسمع في التنويش عن الضرر الذي نجم عن هذا العمل والاسحة في نظرنا لما ورد المشاهراً لنية المنازع، وأن الإعفاء من المسئولية وقت قيام الأحكام العرفية لا يحتاج إلى نص وإنساس يخلص من طبائع الأمود ذاتها ومقتضيات إعلان الأحكام العرفية. إذ لو كان هذا العمل ما للحاكم العرفية، إذ كان هذا العسكرى يخصورها لما كانت هناك حاجة إلى قانون تضعينات بلحق أعمال الحاكم العسكري الحكام العاكم العسكري

مخالفاً لنص معين من نصوص الدستور ، ولكنه يتعارض مع مبادىء الدستور العليا ، فيكون باطلاً ، ويرجع البطلان لا إلى مخالفة الدستور . بل إلى الانحراف في إستعمال السلطة التشريعية .

اهمية التمييز بين مخالفة التشريع للدستور والانحراف في إستعمال السلطة التشريعية:

وقد يقال لم هذا الحرص على التمييز بين مضالفة التشريع للدستور والانحراف في إستعمال السلطة التشريعية، مع أن حكمهما وأحد وهو بطلان التشريع؟ وما الذي يمنع من المزج بين الصالتين، واعتبار التشريع في كل منهما مضالفاً للدستهر؟

لا نتردد في الإجابة على نلك بأن التمييز بين الحالتين واجب، وهو تمييز تقتضيه الدقة العلمية وتتطلبه الإعتبارات العملية.

فأما من الناحية العلمية، فمن الواضح أن هذا التمييز يجلى كثيراً من الغموض الذي يحيط بموضوع دستورية القوانين. فليس من الدقة العلمية أن نخلط ما بين مخالفة التشريع للدستور والانحراف في إستعمال السلطة التشريعية، كما لا يجوز الخلط في القرار الإداري بين مخالفته للقانون وانطوائه على تعسف في إستعمال السلطة، وهذا التمييز في شأن التشريع،

"يعفى من المسئولية عنها . ولو كانت هذه الأعمال معفاه من المسئولية ، فلن زوال الأحكام العرفية ليس من شانه ان يغير من هذا الوصف القانوني ، ولبقي الإعفاه من المسئولية قائماً ، دون حاجة في قانون تضمينات ، بعد زوال هذه الأحكام ((انظر محكمة القضاء الإداري في دوناها المجتمعة في ٢١ يونية سنة ١٩٥٧ القضية رقم ٢٠٢١ والسنة السادسة القضائية) .

وعندنا أن الإعفاء من المسئولية عن طريق التشريع يغلب أن ينطوى على إنحراف في إستعمال السلطة التشريعية . على أننا نميز في هذا الصدد بين فرضين : (١) النص الذي لا يجيز سماع الدعوى في مسئولية فررتها أحكام القانون، سواء معدر النص قبل تحقق المسئولية أو بعد تحققها . ففي هذا النص إخلال بمسئولية مقررة ، على التفصيل الذي قدمناه في قوانين التضمينات ، فيكون النص منطوياً على انحراف في استعمال السلطة التشريعية . (٣) النص الذي لا يجيز سماع الدعوى فيما لم تقور فيه أية مسئولية . وهذا جائز ، لأنه لا يخل بمسئولية مقررة ، بل هو يقور احكاما مرضوعية عن طريق منع سماع الدعوى فيما يخالف هذه الأحكام . وقد سبقت الإشارة به ذلك . كالتعييز المقابل له في شأن القرار الإداري، يقوم على أساس التفرقة مابين السلطة المحددة والسلطة التقديرية.

واما من الناحية العملية، فنحن إذا ميزنا بين مخالفة الدستور والانحراف في إستعمال السلطة التشريعية، افسحنا الطريق لفكرة الانحراف، وقد أصبحت فكرة مستقلة، لتنمو وليضطرد نموها. ومادام الانحراف قد وضع له معيار مستقل، فإن ذلك من شأنه أن يضبط من تطبيقاته وأن يعدد منها ، فلا تختلط حالات التشريم غير الدستوري بعضها ببعض. وكثير من حالات الانحراف عندما تختلط بجالات مخالفة الدستورينيهم فيها الأمر ويشتد اللبس. إذ يغلب أن يتحسس الباحث، وهو يواجه تشريعاً مشكوكاً في دستوريته ، اي نص معين من نصوص الدستور. يكون هذا التشريم قد خالفه. فإذا لم يجد هذا النص، تهيب أن يقول إن التشريع غير دستورى. أما إذا أسعفته نظرية الانحراف في إستعمال: السلطة التشريعية ، وهي لا تتطلب الإخلال بنص معين في الدستور ويكفى فيها أن يتعارض التشريع مع مبادىء الدستور العليا ، زال التردد ، ووقع الاطمئنان، واستطاع الباحث أن يسبر قدماً في هذا الطريق الجديد، بعد أن عبدت مسالكه ووطئت أكنافه. والمعروف أن الفكرة ما دامت تختلط بفكرة اخرى تظل فكرة مبهمة غامضة. فإذا ماميزت عن غيرها مما يلتبس بها ومحصت، إنفسح أمامها الطريق، وأخذت سبيلها طليقة قوية. والفرق كبير بين أن نسير في نظرية يستورية القوانين دون تقسيمات وضوابط، وبين أن نسير فيها وقد ميزنا تقسيماتها وحددنا معابيرها، ورسمنا اتجاهاتها. وهذا ماوقع في شأن القرار الإداري الباطل، فقد تقدمت نظرية البطلان فيه تقدماً كبيراً عندما قسمت العيوب التي تسبب البطلان ، وقام التمييز فيما بينها . وهذا ما ينتظر أن يقم كذلك في شأن التشريم غير الدستوري.

وقد يكون مهما من الناحية العملية أيضاً ، بعد أن ميزنا بين مخالفة الدستور والانحراف في إستعمال السلطة التشريعية ، أن نجعل الانحراف طريق طعن احتياطي (subsidiaire) في التشريع ، شأنه في ذلك شأن التعسف في إستعمال السلطة الإدارية . وما دمنا قد ميزنا بين مخالفة الدستور والانحراف، فنحن نختم هذا البحث بكلمة موجزة في إثبات الانحراف وفيما يترتب عليه من البطلان، على غرار ما يقال في إثبات التعسف في إستعمال السلطة الإدارية وفي البطلان الذي يترتب على هذا التعسف.

(٣)

إثبات الانحراف في إستعمال السلطة التشريعية والجزاء الذي يترتب على هذا الانحراف:

إثبات الانحراف في إستعمال السلطة التشريعية:

إثبات مخالفة التشريع للدستور امر ميسور . فما علينا إلا أن ندل على نص معين في الدستور ، يجعل السلطة التشريعية ذات سلطة محددة ، ويكون التشريع قد خالفه ، حتى نثبت عدم دستورية التشريع بمخالفته لهذا النمس . وهذا هو أيضاً ما نفعله في شأن القرار الإداري المخالف للقانون ، إذ أن إثبات هذه المخالفة يقتضى العثور على قاعدة قانونية يكون القرار قد خالفها ، وتكون هذه القاعدة قد جعلت للإدارة سلطة محددة . ولا توجد صعوبة في الحالتين إلا ما يقتضيه التفسير من جهد في توضيح نص دستوري مبهم أو إستجلاء نص قانوني غامض .

أما إثبات الانحراف في إستعمال السلطة التشريعية فأمر بقيق، وقد يزيد في دقته على إثبات التعسف في إستعمال السلطة الإدارية. إذ علينا بعد أن نستخلص مبدأ من المبادئ، العليا للدستور، أن تثبت أن المشرع، وهو يستعمل سلطته التقديرية، قد إنحرف عن هذا المبدأ.

والإثبات بطريق الدليل الداخلى (preuve intrinsèque) هو الوسيلة المامونة ، كما هو الأمر في إثبات التعسف في إستعمال السلطة الإدارية . وهنا تتبين لنا اهمية الأسباب التي يبنى عليها التشريع ، فهى الدليل الداخلى الأول الذي يمكن الحصول عليه في غير مشقة . وأسباب التشريع تختلف عن اسباب القرار الإدارى في أن الأولى تتمحض طريقة لإثبات الانحراف في إستعمال السلطة التشريعية . أما أسباب القرار الإدارى فتختلط تارة بمخالفة القانون وأخرى بالتعسف في إستعمال السلطة الإدارية على الوجه الذي بيناه فيما تقدم .

واسباب التشريع تكشف عادة عن الغاية التي قصد العشرع إلى تحقيقها . فمتى استقصيت هذه الغاية وتحددت على وجه لايقبل الشك ، أمكن أن نعرف بعد ذلك هل تتفق هذه الغاية مع مبادىء الدستور ، فيكون التشريع سليماً ، أو أن المشرع قد أنحرف عن هذه العبادىء ، فيكون التشريع باطلاً لانطوائه على انحراف في إستعمال السلطة التشريعية .

واسباب التشريع نلتمسها في نصوص التشريع ذاته عندما نمحصها نصاً نصاً لنتبين من خلال هذه النصوص، وفي تضاعيف العبارات والأساليب، الغاية من التشريع.

ونلتمسها على وجه ايسر واوضح فى دبياجة التشريع إذا كان للتشريع دبياجة، ففيها يذكر المشرع الأسباب التى حملته على إصدار التشريع والفاية التى يهدف إلى تحقيقها.

فإذا أعوزتنا الأسباب في نصوص التشريع وفي دبياجته ، تلمسناها في الأعمال التحضيرية . نبحث عنها أولاً في المذكرة الاضاحية التي تقترن عادة بعشروع القانون الذي يقدم إلى السلطة التشريعية . ونبحث عنها بعد ذلك في التقارير التي تقدمها اللجان البرلمانية ، وفي مناقشات الأعضاء في المجلسين ، وفي البيانات التي تلقيها الحكومة في شأن المتربع المقترح .

ويبقى بعد ذلك أن نتسامل، بعد أن ظهرت لنا الفاية من التشريع عن هذا الطريق الداخلى، هل يجوز لنا أن نتشكك فيما ظهر إذا تجمعت لنا من القرائن الخارجية ما يعارض الأسباب المذكورة افنذهب إلى أن المشرع قد أخفى غايته وذكر للتشريع أسباباً غير صحيحة، وأن الأسباب المصحيحة والفاية الحقيقية التى توخاها تدل عليها القرائن الخارجية اكثر مما تبين من خلال الأسباب الظاهرية ؟ هنا يكون الإثبات قد وقع بطريق خارجي (preuve extrinsèque)، هو طريق القرائن. وإذا كان الأخذ بهذا الطريق غير مسلم به في إثبات التعسف في إستعمال السلطة الإدارية، فأولى آلا نسلم به في إثبات الانحراف في إستعمال السلطة التشريعية، فأولى آلا نسلم به في إثبات الانحراف في إستعمال السلطة التشريعية، وبخاصة بعد أن التزمنا في هذا النوع من الانحراف المعايير الموضوعية، وهذا إنما تتوافق مع طرق الإثبات الداخلية.

الجزاء الذى يترتب على الانحراف في إستعمال السلطة التشريعيـة:

الجزاء واحد في التشريع المخالف للدستور والتشريع المنطوي على إنحراف في إستعمال السلطة التشريعية، فكلا التشريعين باطل. وهذا هو ايضاً شأن القرار الإداري، فهو باطل إذا خالف القانون أو إنطوى على تعسف.

ولكن التشريع غير الدستورى يختلف عن القرار الإدارى الباطل، إذا رفعت دعوى الإلغاء بطريق مباشر امام القضاء الإدارى. ففى القرار الإدارى الباطل، سواء كان القرار فردياً أو تنظيمياً، تكون محكمة القضاء الإدارى مختصة، وتقضى بالإلغاء. أما فى التشريع غير الدستورى فالمحكمة غير مختصة، ولا توجد هيئة اخرى تختص بذلك، ولا يمكن أن توجد هذه الهيئة إلا إذا وجد نص فى الدستور ينشىء محكمة عليا تكون مختصة بالنظر في دستورية القوانين.

أما إذا كان الطعن بطريق غير مباشر، في صورة الدفع بالبطلان، فهنا تتجلى رقابة القضاء على دستورية التشريع، ذلك أن الخصم إذا استند إلى تشريع يطلب تطبيقه، ودفع خصمه ببطلان هذا التشريع لأنه غير دستورى، فالمحكمة، وإن كانت لا تملك أن تحكم ببطلان التشريع، يجب عليها إذا تثبت من عدم دستوريته أن تستبعد تطبيقه، ويرجع ذلك إلى سبين رئيسيين:

(السبب الأول) أن من الأصول المقررة أن تلتزم المحكمة في تطبيقها للتشريعات المتفاوتة في القوة تطبيق التشريع الأعلى عند تعارضه مع تشريع أدنى منه فتطبق المحكمة الدستور أولا ، ثم القانون ، ثم القرارات الإدارية التنظيمية بحسب تدرجها ، فتبدا بالمرسوم ، ثم بقرار مجلس الوزراء ، ثم بالقرار الوزارى ، ثم بما هو ادنى من ذلك . فإذا تعارض قرار وزارى مع قرار لمجلس الوزراء ، وجب على المحكمة أن تستبعد القرار الوزارى وأن تطبق قرار مجلس الوزراء . وإذا تعارض قرار لمجلس الوزراء . وإذا تعارض قرار لمجلس الوزراء مع مرسوم ، وجب على المحكمة إستبعاد قرار مجلس الوزراء وتطبيق المرسوم . وإذا تعارض مرسوم مع قانون ، وجب إستبعاد المرسوم وتطبيق القانون مع الدستور ، وهو المرسوم وتطبيق القانون مع الدستور ، وهو

محل بحثنا، ويجب هنا ايضاً على المحكمة أن تستبعد القانون وأن تطبق الدستور.

(والسبب الثانى): هو مبدا فصل السلطات وردها جميعاً إلى السسور، فلا يجوز أن تعتدى سلطة على أخرى. فإذا وضعت السلطة التشريعية تشريعاً غير دستورى، لم تستطع أن تجبر السلطة القضائية على تطبيقه دون الدستور، وإلا كان في هذا إعتداء من السلطة التشريعية على السلطة القضائية، وكلتاهما مستقلة عن الأخرى، وكلتاهما خاضعة للدستور.

ويترتب على ماقدمناه نتيجتان:

(النتيجة الأولى): أن الدستور وحده هو الذي يملك أمر تحديد رقابة القضاء لدستورية القوانين. فله أن ينص صراحة على منع هذه الرقابة ، فلا يجوز للقضاء أن يبطل تشريعاً غير دستورى أو أن يمتنع عن تطبيقه . وللدستور أن ينص صراحة على إباحة هذه الرقابة ، فيكون للقضاء في دعوى إلفاء أصلية أن يبطل التشريع غير الدستورى، وفي دفع بعدم الدستورية أن يمتنع عن تطبيقه . وإذا سكت الدستور فلم ينص على منع الرقابة ولم ينص على إباحتها ، لم يكن للقضاء أن يبطل التشريع غير الدستورى في دعوى إلفاء أصلية ، ولكن يجب عليه أن يمتنع عن تطبيقه عند الدفع بعدم دستوريةه .

(والنتيجة الثانية): تتفرع عن النتيجة الأولى. فما دام الدستور وحده هو الذي يمك منع القضاء عن النظر في دستورية التشريع، كان من البديهي أن المشرع العادى لايمك ذلك. ومن ثم يكون التشريع الذي يحرم على القضاء النظر في دستورية القوانين تشريعاً باطلاً لصدوره من جهة غير مختصة.

ويخلص من كل نلك أنه ما دام دستورنا المصرى لايشتمل على نص ينشىء محكمة عليا للنظر فى دستورية القوانين، وهو فى الوقت ذاته لايشتمل على نص يحرم النظر فى هذه الدستورية، فلا يجوز لأية محكمة مصرية أن تقضى فى دعوى أصلية بالفاء تشريع دستورى، ولكن يجب على كل محكمة أن تمتنع عن تطبيق التشريع الذى يتعارض مع الدستور إذا دفع أمامها بعدم دستوريته ، لأن الدستور هو الأولى بالتطبيق . ويكون قضاء المحكمة بإستبعاد التشريع غير الدستورى ذا حجية نسبية ، فلا يحتج به إلا في القضية بالذات التي استبعد فيها هذا التشريع . أما في قضية اخرى ، تنظرها محكمة ثانية أو المحكمة الأولى ذاتها ، فلا يتحتم التقيد بهذا القضاء ، ويجوز للمحكمة أن تأخذ بعكسه ، فتقضى بأن التشريع لا يتعارض مع الدستور .

تصدير

الترجمة العربية لكتاب تاريخ النظريات السياسية بقلم الدكتور عبد الرزاق احمد السنهورى رئيس مجلس الدولة

طلب إلى الأستاذ حسن جلال العروسى ان اكتب كلمة أصدر بها هذا الكتاب الذي ترجمه إلى اللغة العربية في تاريخ النظريات السياسية ويسعدني أن إستجيب لهذا الطلب.

فالكتاب لأستاذ امريكى كبير من اساتذة الفلسفة بجامعة كورنل، استعرض فيه تاريخ الفكر السياسى منذ العصور الأولى، وماشاه إلى العصر الحديث، ذلك فى تحليل رائع، ونظرات نافذة، وتأصل عميق.

وهذا الجزء من الكتاب الذي يخرجه اليوم الأستاذ العروسي لقراء العربية يتناول من تاريخ الفكر السياسي الحقبة الأولى التي استفرقتها الفاسفة الإغريقية والتي انطوت على نوع من النظام السياسي للدولة عرف بدولة المدينة ، وقد وفق استاذ العروسي في ترجمة الكتاب كل التوفيق . فاسلوبه عربي رصين ، وعباراته متخيرة منتقاة ، لا تكلف فيها ولا إبتذال . وقد حرص كل الحرص على تأدية المعنى في نقة وامانة .

وقدم للكتاب الدكتور عثمان خليل عميد كلية الحقوق بجامعة إبراهيم والدكتور عثمان من خيرة فقهائنا في القانون العام. وقد أوحى إليه الكتاب بتقديم رائع، فيه من المعانى القوية والنظرات العميقة ما جعله يحلق في سماء الفكر السياسى، ويضيف ثروة فكرية جديدة إلى الثروة الضخمة التي يزخر بها الكتاب.

وقامت مؤسسة فرانكلين الثقافية بنشر هذا المؤلف القيم وإن هذه المساهمة من جانبها لتستحق كل تقدير . ونرجو أن يكون في متابعتها نشر أمثال هذه الكتب القيمة مترجمة إلى اللغة العربية مما يدعم أواصر التجاوب الثقافي بين الفكرين الشرقي والغربي .

والموضوعات التي عرض لها هذا الجزء من الكتاب، تحت عنوان «دولة المدينة « تتناول تحليل البيئة الفكرية التي سبقت سقراط ومهدت لظهوره، ثم تعرج إلى بسط اهم الأفكار التي انطوت عليها الفلسفة السياسية لثلاثة هم اكبر فلاسفة الإغريق: سقراط وأفلاطون وأرسطو. وقد تحاقب هؤلاء الفلاسفة الثلاثة وأحداً تلو الآخر، وكان الثاني تلميذاً للأول، والثالث تلميذاً للثاني، في عصر هو من أزهى عصور الفكر النشري.

. . .

واحسب أن هذا الكتاب قد طلع على القراء في وقت مناسب، ووجه المناسبة فيه أن مصر في سبيلها إلى وضع دستور جديد. فقد برمت بالدستور القديم، فعمدت إلى إلغائه، وسخطت على العهد الماضي، فتنكرت له، وقالت عن مساوى، ذلك العهد الشيء الكثير، فهو عهد لا يقيم وزناً للدستور، ولا سيادة فيه للقانون. فالبلاد إذن في حاجة إلى أن تتعلم شيئاً جديداً تقيم على اساسه دستورها الجديد. وفلسفة الإغريق السياسية على بعد ما بيننا وبينها من زمن جديرة أن تعلمنا هذا الشيء الجديد. فهي تعلمنا مبدا سيادة القانون. وهل يوجد مبدا أجل وأنبل من مبدا سيادة القانون، فراه يطالعنا من ثنايا الفلسفة الإغريقية، منقوشاً في كل صفحة من صفحاتها، وهو العصارة من تجارب أفلاطون، والعميم في فلسفة أرسطو؟ فلنتابعه إذن كما هو مبسوط في هذا

كان افلاطون في شبابه ، عندما كتب الجمهورية ، . يؤمن بحكومة الفلاسفة وبالحكم المطلق المستنير ، فالحكم عنده لا يكون إلا لقلة من العلماء المستنيرين ، وكان يرى من الحماقة أن تفل يد الحاكم الفيلسوف بأحكام القانون ، وهذا الحاكم الفيلسوف ، أو هذا العالم المستنير ، يقوم سخدة في تولى السلطان على الزعم بأنه هو الوحيد الذي يعرف طريق الخير والعدالة ، واستبعد أفلاطون من هذه الدولة المثالية التي صورها في الجمهورية ، فكرة القانون ، وأبرز الدولة مؤسسة تفرض على المواطنين وصاية دائمة يتولاها الحاكم الفيلسوف وهذه الوصاية هي أسلم صور الحكم ، بل هي وحدها الحكم الحقيقين ، حيث يكون الحكام مستنيرين من

العلم، سواء حكموا بالقانون او بغير القانون، وسواء رضيت عنهم رعاياهم او كانوا غير راضين، فالحكم للعلم والمعرفة، وهو حكم الفرد المطلق، ولا حاجة فيه للقانون. لذلك كانت هذه الدولة المثالية من الكمال بحيث لا تتلاءم مع أحوال البشر. هي نموذج مقره في السماء، يحاول البشر أن يحاكموه، ولكنهم لا يستطيعون أن يبلغوه.

ولما كان البشر لا يعيشون في السماء ، بل يعيشون في الأرض ، فقد راى افلاطون نفسه ، بعد أن تقدمت به السن ، وانضجته التجارب ، وذاق مرارة الفشل في محاولته أن يقيم حكومة الفيلسوف في صقلية عن طريق تثقيف ملكها ديونيسيوس ، مضطراً أن يرجع عن رأيه ، وأن يقبل حلاً وسطاً في كتابه الثاني ، السياسي ، فيقول : «علينا أن نتصور الدولة وما فيها من قوانين موروثة على أنها نوع من المحاكاة للمدينة السماوية ، ولا أقل من أن نقرر ما لاشك فيه ، وهو أن القانون أفضل من الهوى ، وأن صلاح الحاكم الخاضع للقانون أفضل من تلك الإدارة التحكمية التي تصدر عن طاغية مستبد ، أو عن حكومة بلوتوقراطية ، أو عن حكم الفوغاء ، ولا ربيه في أن القانون هو بوجه عام قوة باعثة على الحضارة يصبح ولا ربيه نها أن المقانون هو بوجه عام قوة باعثة على الحضارة يصبح الإربب في أن القانون هو بوجه عام قوة باعثة على الحضارة يصبح .

أدرك أفلاطون أن هناك فرقاً كبيراً بين الخضوع لسلطان القانون والخضوع لإرادة مخلوق من البشر، مهما انفرد بالحكمة والخير، ولم ير بدأ من أن ينادى بمبدأ سيادة القانون، وأن يقرر أن القانون وحده هو الذى يسود الحاكم والمحكوم،.

فهو يكتب لاتباع ديون في صقلية: لا تدعوا صقلية ولا أي بلد أخر يخضع لسادة من البشر، بل يجب الايخضعوا لغير القانون. ذلكم هو مذهبي، واعلموا أن الخضوع شر على كل من السادة والمسودين، عليهم جميعاً وعلى احفادهم وذراريهم ٥.

ثم يعلن بعد ذلك إيمانه العميق بالقانون في كتابه الثالث القوانين ا فيقول المنفرض أن كل واحد منا نحن المخلوقات الحية إن هو إلا بمية بارعة صنعتها الآلهة ولسنا ندرى اكنا غرضها من ذلك اللهو أم الجد ا ولكننا نعلم حق العلم أن ما فينا من إنفعالات هي كالأوتار أو الحبال التي تجذبنا وأنها لتعارضها فيما بينها - تجزنا إلى اقعال متضادة ، فتبلغ الحد الذي يفصل بين الخير والشر، هنا يحدثنا العقل أن كل واحد منا يجيب أن يتحمك على الدوام بخيط واحد فقط من تلك القوى الداقعة له، وألا يدعه يفلت منه بأى حال من الأحوال ويقاوم شد الخيوط الأخرى: هذا الخيط هو الحاكم الذهبي هو حكم العقل المقدس الذي يسمى القانون».

والنظام الديمقراطى فى الثينا من شانه أن يعين أفلاطون على التمسك بمبدأ سيادة القانون، فقد كان القضاء مسيطراً على الحياة العامة. فهو ، فوق أنه يفصل فى قضايا الأفراد المدنية والجنائية، ببسط رقابته على الموظفين، فيختبر صلاحية المرشح قبل توليه الوظيفة إذا أقيمت الدعوى بعدم صلاحيته، ثم هو يراجع أعمال الموظف بعد إنتهاء خدمته، بل هو يجاوز رقابة الموظفن إلى رقابة القانون. فكان كل مواطن يستطيع أن يجاوز رقابة الموظفن إلى رقابة القانون. فكان كل مواطن يستطيع أن يطعن فى أي قانون بأنه مخالف للدستور ، فيقف العمل بهذا القانون فوراً حتى تقضى المحكمة فى شأنه، فيحاكم القانون على غرار محاكمة الأفراد، وللمحكمة أن تقضى بالغائه . فالقانون إذن يخضع للدستور ، والموظف يخضع للقانون. هذا هو مبدأ سيادة القانون كاملاً ، بلغت والموظف بخضع عليا. لم تبلغ مرتبة أعلى منها دولة امتحضرة، فى المصر الحالي.

ثم يأتى ارسطو بعد أفلاطون، والدولة الخاصلة عنده اساسها الاجتماعي هو وجود طبقة متوسطة قوية، وليس أفرادها من الفقر بحيث تنكسر اجنحتهم، ولامن الغني بحيث ينشبون أظافرهم، وحيثما وجدت بحده الطائفة من المواطنين، كانت جماعة لها من إنساع صفوفها ما يكفل للدولة الإرتكاز على أساس شعبي، ولها من التحرر عن الهوى ما يمكنها من مراقبة الموظفين المسئولين، ولها من طبيعة انتخاب اعضائها عاصم من مساوى، حكومات الجماهيد.

ويحدثنا مؤلف هذا الكتاب عن ارسطو أن مثله الأعلى كان على الدوام الحكم الدستورى لا الحكم الاستبداد هو الاستبداد هو الاستبداد المستنير الذي يصدر عن الملك الفيلسوف، فهو إذن من أكبر المنتصرين لمبدأ سيادة القانون، ومن ثم فقد قُبِل منذ البداية أن يكون القانون في أية دولة صالحة هو السيد الأعلى، فالقانون هو: العقل مجرداً عن الهوى 1، والحكم الدستوري يتمشى مع كرامة الرعايا وعزتهم،

إذ أن الحاكم الدستورى يحكم رعاياه برغبتهم، وبذلك يختلف كل الاختلاف عن الدكتاتور الطاغية، وللحكم الدستورى كما يفهمه أرسطو عناصر رئيسية ثلاثة: أوولها حكم يستهدف الصالح العام. وبذلك يتعيز عن الحكم الطائفي الذي يستهدف صالح طبقة واحدة، وعن الحكم الاستبدادي الذي يستهدف صالح فرد واحد. وثانيها أنه حكم قانوني، أي أن الحكومة تدار فيه بمقتضى قوانين عامة لا بمقتضى أولمر تحكمية. وثالثها أن الحكومة الدستورية حكومة رعية راضية. فتتميز بذلك عن الحكومة الاستدادية التي تستند إلى محض القوة.

. . .

هذان إذن رجلان من اكبر فلاسفة الإغريق، بل من اكبر فلاسفة العالم، يقولان بمبدا سيادة القانون، ويقولان بهذا المبدا منذ المراحل الأولى في تطور الحضارة، فأين من حكومة القانون حكومة المستبد العادل! وهل يحتمع الإستبداد والعدل ؟!! لتلك خرافة إذا كان أفلاطون قد أمن بها في شبابه، فقد ادرك في شيخوخته أنها سراب لا وجود له. كان أفلاطون في بداية أمره كما قدمنا يؤمن بحكومة الفلاسفة حتى نراه يقول: لا سبيل إلى تحقيق حياة اسعد للجنس البشري إلا بإحدى وسيلتين، فإما أن يتولى مقاليد الحكم جمهرة الفلاسفة، وأما أن تتحول الطبقة الحاكمة بمعجزة من معجزات الإرادة الإلهية إلى طبقة من الفلاسفة، فهو قد كان أو بان يصبح الحكام فلاسفة. ولكنه عدل بعد ذلك عن هذا الراي، وعلم بعد أن نضجت خبرته ان الفلاسفة إذا تولوا الحكم فهم لا يلبثون أن يغسدوه، وأن الحكام إذا أصبحوا فلاسفة اسرعوا إلى ترك الحكم خشية أن يغسدهم، وأن الحكام إذا أصبحوا فلاسفة السرعوا إلى ترك الحكم خشية أن يغسدهم.

فالحكم الصالح لا تتلمسه فلسفة الإغريق في الحكم المطلق للفيلسوف ولكن تنشده في مبدأ سيادة القانون.

القانون المدنى العربي

للعالمة الجليا الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري

> مستلة من مجلة القضاء العراقية العددان الأول والشاني لسنة ١٩٦٢

ديسر هيئة تحرير مجلة (القضاء) أن تزف إلى قرائها فى الوطن العربى هذا البحث الممتم الرائع، للفقيه العربى الكبير عبد الرزاق أحمد السنهوري،

وهيئنة التصريره

. . .

القانون المدنى العربى تعبير عن شيء لم يوجد ، والأدق أن يقال عن شيء لما يوجد . ذلك أن وجود قانون مدنى عربى أمر ممكن ، بل هو أمر واجب ، فهو إذا لم يوجد اليوم ، فمن حقنا أن نتوقع وجوده في الغد .

وأبادر إلى القول إننى أحد المؤمنين بالوحدة العربية، فهى شيء في طبيعة الشعوب العربية، وهذه الشعوب أمة واحدة، إذا تقسمتها دول متعددة، فهذا عارض يزول بزوال أسبابه. ومن أقوى الأركان التي تقوم عليها الوحدة العربية وحدة الثقافة. ومن أهم الأسباب لتوحيد الثقافة أن تتوجد الثقافة القانونية. ومن هنا ينبعث إيماني بضرورة العمل على إيجاد قانون مدنى عربي.

وحتى نطمئن إلى أن العمل منتج مثمر ، بل لكي نستوثق أن قانوناً مدنياً عربياً سيوجد في الغد ، وإننا سنشارف عهداً جديداً للبلاد العربية يكون لها فيه قانون مدنى موحد يجب أن نستقرىء الماضى ، وإن نستعرض الحاضر ، لنستطلع في ضوئهما ما يطويه المستقبل .

۔ ۱ ۔ المساضع

إذا ذكرت القانون المدنى المنا اقصد بهذا التعبير قانون المعاملات المالية لا قانون الأحوال الشخصية ، الله أن قانون الأحوال الشخصية ، الله أن قانون الأحوال الشخصية ، بالنسبة إلى المسلمين في البلاد العربية وهم الأغلبية العظمى في هذه البلاد لا يحتاج في توحيده إلى جهد كبير . فمرجعه الأول هو الفقه الإسلامي ، وتوحيد هذا القانون بالنسبة إلى المسلمين في البلاد العربية أمر ميسور ، بل هو أمر قد بدأ بالفعل في مصر بتقنين أحكام الميراث والوصية والوقف والولاية والوصاية والوقف الإساران والوصاية والقامة فلم يبق إلا تقنين أحكام الزواج والنسب ليتم

بيلك تقنين كامل للأحوال الشخصية ارجو ان يكون نموذجاً صالحاً يوضع تحت نظر البلاد العربية الأخرى ليكون نواة لتوحيد التقنين في الأحوال الشخصية على اساس الفقه الإسلامي .

ويحسن منذ الآن ان احدد ما اقصده بالبلاد العربية فهى فى الشرق -مصر ، وفلسطين ، والاردن وسورية ولبنان والعراق والمملكة العربية السعودية واليمن وتضمها كلها جامعة الدول العربية ، وهى فى المغرب ليبيا وتونس والجزائر ومراكش .

وقد كانت هذه البلاد في الماضي بالنسبة إلى قانون المعاملات المالية أي القانون المدنى تنقسم طوائف ثلاثا:

(فالطائفة الأولى): قانونها المدنى قانون غير مكتوب وهذه هى.

 ١ ـ المملكة العربية السعودية، وتطبق الفقه الإسلامي في مذهب الوهابين وهو فرح من المذهب الحنبلي.

 ليمن، ويطبق الفقه الإسلامى فى مذهب الزيدية وهو مذهب شيعى قريب من المذهب الحنفى.

(والطائفة الشانية): قانونها المدنى هو تقنين للشريعة الإسلامية في المذهب الجنفى، أصدرته الدولة العثمانية في النصف الثانى من القرن التاسع عشر تجت اسم معروف هو «مجلة الأحكام العدلية «فشمل البلاد العربية التي كانت تحت الحكم العثماني، وبقى بعد انهيار الدولة العثمانية معمولاً به في سورية وفلسطين وشرق الاردن والعراق وليبيا.

(والطائفة الثالثة): قانونها المدنى مقتبس من القانون المدنى الفرنسى، وهذه تشمل مصر ولبنان تونس والجزائر ومراكش،

والتفسير التاريخي لانقسام البلاد العربية من ناحية قانونها المدنى إلى هذه الطوائف الثلاث يتلخص فيما يأتي:

كانت هذه البلاد جميعها فيما عدا مراكش واجزاء من اليمن . مندمجة في الامبراطورية العثمانية حتى القرن التاسع عشر وكان الفقه الإسلامي غير المقنن هو المعمول به فيها جميعاً .

فاستقلت مصر استقلالاً ذاتياً تحت حكم محمد على ولما قننت الدولة العثمانية الفقه الإسلامي في مجلة الأحكام العدلية لم يمتد هذا التقنين إلى مصد وبقيت هذه على ما كانت عليه من تطبيق الفقه الإسلامي غير المقنن مع بعض من التشريعات الفرنسية وبخاصة القانون التجاري ثم بخلت في عصر إصلاح قضائي تحت حكم إسماعيل وامتد عصر الإصلاح إلى أوائل حكم توفيق فأنشنت المحاكم المختلطة فالمحاكم الوطنية على غرار المحاكم الفرنسية ووضعت تقنينات حديثة تطبقها هذه المحاكم في سنتي المحاكم و ١٨٧٧ أخنت كلها من التقنينات الفرنسية وعلى رأس هذه التقنينات القانون المدنى ومن ثم أصبحت مصر ذات قانون مدنى مقتبس من القانون الفرنسي.

رضعت فرنسا الجزائر إلى بلادها في سنة ١٨٣٠ فإمتد القانون المدنى الفرنسي إلى الجزائر بهذا الضم، ثم اعلنت فرنسا حمايتها على تونس فمراكش، وانخلت فيهما تقنينين متماثلين، الأول لتونس في سنة ١٩٠٦ والثاني لمراكش في سنة ١٩٩٣، وهما تقنينان مقتبسان من القانون المدنى الفرنسي ولكنهما احدث منه عهداً واكثر مسايرة لحركة التقدم القانوني.

ولما تفككت الامبراطورية العثمانية بعد الحرب العالمية الأولى، دخلت سوريا ولبنان في الانتداب الفرنسى، والعراق وشرق الاردن وفلسطين في الانتداب البريطاني واستقل الحجاز، ولكن الملك ابن السعود استولى عليه وادمچه في نجد وجعل منها المملكة العربية السعودية. وبقى اليمن مستقلا كما كان، وكان الايطاليون قد استولوا على ليبيا قبيل الحرب، ولكنهم لم يغيروا قانونها المدني وبقيت المملكة العربية السعودية على مذهبها الوهابي، واليمن على مذهبه الزيدى كذلك بقيت سورية بالرغم من الانتداب الفرنسي، والعراق وشرق الاردن وفلسطين بالرغم من الانتداب الفرنسي، والعراق وشرق الاردن وفلسطين بالرغم من الانتداب الغرنسي وهو قانون المجلة وكان مقتبس من القانون الفرنسي ولكنه متقدم عليه من ناحية الموضوع متأخر عنه من ناحية الموضوع متأخر عنه من ناحية الموضوع

وهكذا انقسمت البلاد العربية من ناحية قانونها المدنى إلى الطوائف الثلاث التي قيمنا نكرها.

_ Y _

الحساضر

أما في الوقت الحاضر، أي بعد إنتهاء الحرب العالمية الثانية فقد بقيت الطائفة الأولى على حالها: المملكة العربية السعودية تطبق المذهب الوهابي واليمن يطبق المذهب الزبدي، فإذا نحن أغفلنا هذه الطائفة وأخرجناها من دائرة البحث إلى أن يحين الوقت الذي تتمكن فيه من المشاركة في حركة التقنين المدنى وجدنا حركة التقنين هذه يتجاذبها في الوقت الحاضر تباران اساسيان:

يتمثل المتيار الأولى في مصر وقد إتخذت لها قانوناً مدنياً جديداً اقتبست منه سورية قانونها الجديد والبلدان ينتميان إلى الثقافة المدنية الغربية. وينضم إليهما في ذلك لبنان وتونس والجزائر ومراكش، وقد استبقى كل منها قانونه المقتبس من القانون الفرنسي.

ويتمثل النهار الثاني في العراق، وقد اتخذ له هو ايضاً قانوناً مدنياً جديداً لم يهجر فيه المجلة هجراً تاماً ولم يعتنق القانون الغربي في جملته، بل اسبح وسطاً بين الاثنين. ويدور في فلك العراق الاردن وفلسطين.

هذان التياران الأساسيان سيتنازعان في المستقبل السيادة في حركة التقنين المدنى العربي. فلأيهما ستكون الفلية؟ لا احسب أن إيا منهما سيتغلب على الآخر لأن كلا منهما حلقة تكمل الأخرى في سلسلة من التطور لا بد له من أن يسير إلى غايته، فينتهي إلى القانون العربي الجديد وهو الأمل الذي يطالعنا به المستقبل، ولكن قبل أن ننتقل إلى المستقبل نقول كلمة موجزة في كل من هذين القانونين الجديدين؛ القانون المصرى والقانون العراقي.

القانون المدنى المصرى الجديد:

مصادره: استقى القانون المصرى الجديد نصوصه واحكامه من منابع ثلاثة: القانون المدنى المصرى السابق، والفقه الإسلامي، والقوانين الغربية الحديثة.

وأهم مصدر من هذه المصادر الثلاثة هو القانون المدنى السابق، نصوصه وقضاءه فقد أراد المشرع المصرى الايقطع الصلة بين الحاضر والماضى فنقل إلى القانون الجديد ما لايزال صالحاً من نصوص القانون القديم، ثم قنن أحكام القضاء المصرى لجلاء القامض في هذه النصوص، ولعلاج ما شابها من عيب ولاستكمال ما اعتورها من نقص. ومن ثم أمكن القول أن القانون الجديد لم يحدث ثورة ولم يجر إنقلاباً، بل انتقل في رفق وهوادة من مرحلة إلى مرحلة: من مرحلة كان فيها يقلد القانون الفرنسي تقليداً أعمى، ويضيف إلى عبوبه عبوباً من عنده وكان كثير من أحكامه لا تحتويه النصوص بل تراه مبعثراً في أحكام القضاء المصرى، إلى مرحلة إبتعد فيها من التقليد الحرفي وقنن هذه الأحكام المنتشرة في مجموعات القضاء المصرى الضخمة، فاستوت نصوصاً قريبة الماخذ واضحة المعنى مستقرة الوضع.

والمصدر الثاني هو الفقه الإسلامي: وقد احتفظ المشرع المصري بماكان القانون القديم يحتويه من أحكام هذا الفقه، فبيع المريض مرض الموت والأهلية والشفعة والهبة وسداد الدين قبل ايلولة التركة للورثة والغين في بيع القاصر وخيار الرؤية وتبعة الهلاك في البيع وغرس الأشجار في العين المؤجرة والأحكام المتعلقة بالعلو والسفل وبالحائط المستبقاء القانون الجديد بعد أن هذبها وصحح فيها ثم زاد على ذلك أن استحدث أحكاماً استمدها من الفقه الإسلامي والقوانين الجرمانية معاً. كما فعل في نظرية التعسف في استعمال الحق وفي حوالة الدين وفي مبدأ الحوادث الطارئة، وإحكاماً أخرى استعدها من الفقه الإسلامي وحده، كما فعل في مجلس المقد وفي إيجار الرقف وفي الحكر وفي الإبراء من الدين. ثم جاوز هذا وذاك، وجعل الفقه الاسسلامي مصدراً من مصادره الرسمية إذ قضت المادة الأولى منه بأنه وإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى مبادىء القانون الطبيعي مبادىء الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فيمقتضى مبادىء القانون الطبيعي

وقواعد العدالة ، على أن المشرع المصري بالرغم من كل هذا ، لم يخط خطوة حاسمة في جعل القانون المدنى مشتقاً في مجموعة من الفقه الإسلامي . فلا يزال القانون المدنى الجديد يمثل الثقافة المدنية الغربية الاالثقافة القانونية الإسلامية . وإذا كان قد جعل الفقه الإسلامي من بين مصادره الرسمية ، فقد جعله يأتى في المكان الثالث بعد النصوص والعرف . والسياسة التي سار عليها المشرع المصري في ذلك هي سياسة الاناة والتبصر . فقد وجد المجتمع المصري محكوماً منذ قرابة قرن يقوانين مدنية غريبة باعدت ما بينه وبين الفقه الإسلامي ، فأصبح الرجوع

فجأة إلى الفقه الإسلامي عسيراً لما يحدث من قلقلة في التعامل ومن بلبلة في التفكير القانوني، وراى المشرع مع كل ذلك أن يرجع خطوة إلى الشريعة الإسلامية. إذ استزاد كما قدمنا من أحكام الفقه الإسلامي وجعله مصدراً رسمياً من بين مصادره. وتربص حتى يأخذ الفقه الإسلامي بأسباب التطور على النحو الذي سنشير إليه فيما يأتى. فإذا ما اكتمل هذا الفقه تطوره، أمكن وقتئذ أن تصبح الثقافة المدنية المصرية تقافة إسلامية.

والمصدر الثالث هو القوانين الغربية الحديثة في مختلف طوائفها ، من لاتينية وجرمانية . ولم يبغ المشرع المصرى من الرجوع الى هذا المصدر الا أمرين:

(اولهما) أن يبتعد عن التقليد المحض للقانون الفرنسي، فقد كان القانون القديم صورة ناقصة من هذا القانون يجرى في مداره ولا ينحرف عن أفقه. فأراد المشرع المصرى أن يجعل القانون الجديد يمثل الثقافة المدنية لا في صورتها الفرنسية فحسب ولا في صورته اللاتينية الحديثة قحسب ولا في الصور مجتمعة، يتخير منها ما يساير روح العصر ويتسق في الوقت ذاته مع تقاليد المجتمع المصرى، فالقانون الجديد من حيث مصادره هو قانون متخير.

(والامر الثاني) أن ينتفع بأساليب الصياغة القانونية التي ارتقت ارتقاء كبيرا بعد صدور القانون المدنى الفرنسي منذ قرن ونصف قرن. فأصبح القانون الجديد يبارى في الترتيب والتبويب والاسلوب والصياغة احدث التقنينات المدنية الغربية.

ومن ثم يمكن القول في طمانينة أن القانون المصري الجديد يمثل الثقافة المدنية الغربية أصدق تمثيل، ويمثلها في أحدث صورة من صورها، ويؤكد هذا المعنى ما ارتسمه من اتجاهات عامة تنتقل الأن اليها.

التجاهاته العامة: يمكن تلخيص هذه الاتجاهات في لفظ واحد هو «الاعتدال». وكما جماع الوصف في القانون المدنى الجديد من حيث مصادره هو أنه قانون متخير، كذلك جماع الوصف فيه من حيث اتجاهاته العامة هو أنه قانون معتدل.

هو قانون معتدل يتوسط بين الاستقرار والتطور وبين الفرد والجماعة.

وغوامل التطور في القانون المصري الجديد هي هذه المعايير المرنة التي جعلها مكان القواعد الجامدة، وهذه السلطة التقديرية الواسعة التي أعطاها للقاضي . فقد ترك القانون الجديد في الكثرة الغالبة من الأحوال هذه القواعد الجامدة التي تضع للمسألة حلا واحداً ثابتاً لا يتغير مهما تغيرت الظروف والملابسات وآثر عليها المعابير المرنة يضعها هاديأ للقاضي فيسترشد هذا بها فيما يعرض له من الاقضية ولا يتقيد فيها بحل واحد لا ينحرف عنه، بل تتفاير الحلول بتفاير الظروف. من ذلك معبار الغلط الجوهري و استبدله بالقاعدة القديمة التي كانت تشترط أن يكون الغلط واقعاً في مادة الشيء . ومن ذلك معياره التدليس الجسيم ، . ومعيار والرهبة القائمة على أساس؛ في الأكراه، ومعيار والباعث الدافع إلى التعاقد، في نظرية السبب، ومعيار ، العذر المقبول؛ عند الرجوع في الهدة. كل هذه معايير مرنة تتفاوت الحلول التي تودي إليها بتفاوث الظروف التي تطبق فيها ، وهي بعد معايير ذاتية يراعي في تطبيقها حالات نفسية يكشف عنها القاضي في كل شخص بذاته. ثم أن القانون الجديد أنسح المجال للمرونة والتطور بما أعطى للقاضي من سلطة تقديرية واسعة تصل به في بعض الحالات إلى استكمال ما فات المتعاقدين أن يتفقأ عليه، بل وإلى تعديل ماتم عليه الاتفاق فيما بينهما . فيجوز للقاضي إذا قام خلاف بين المتعاقدين في مسائل تفصيلية لم يتم الاتفاق عليها من قبل أن يقصل فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعادة . ويجوز له أن ينقص التزامات المتعاقد المغبون في حالة الاستغلال وأن ينتقص من العقد إذا كان في شق منه باطلاً وأن يحوله إلى عقد آخر ، وأن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول في حالة الحوادث الطارئة وأن يعدل الشروط التعسفية في عقود الإذعان، وأن يخفض التعويض المتفق علمه في الشرط الجزائي إذا كان مبالغاًفيه ، وإن يقدر ما هي الجالات التي يقوم فيها التزام طبيعي وإن يعين المبعاد المناسب لجلول احل الدبن وإذا كان الوفاء مشترطاً عند المقدرة أو الميسرة ، وأن ينظر المدين إلى أجل معقول او آجال ينفذ فيها التزامه، وأن يمنع توجيه اليمين الحاسمة إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها . وإذا كان القانون الجديد لم يبلغ فيما أعطاه للقاضى من سلطة تقديرية مدى ما بلغ القانون السويسرى الذي جعل القاضي مشرعاً فيمالم يرد فيه نص ، بل وقف عند حدود معقولة تمنع من الخلط بين وظيفة التشريع ووظيفة القضاء إلا أنه مع ذلك سار شوطاً بعيداً في سبيل أن يجعل للقاضي من سلطات التقدير ما بيسر له أن يجعل أحكام القانون متمشية مع مقتضيات الظروف، فتكون هذه الأحكام أداة طبعة في بد القاضي يطور بها القانون تطويراً مستمراً، ويواجه ما يتغير من ملابسات وأحوال.

اما عوامل الاستقرار في القانون الجديد فأهمها المعايير الموضوعية التي استكثر منها و الأخذ بالإرادة الظاهرة دون الارادة الباطنة في كثير من الحالات وقد رأينا فيما قدمناه امثلة للمعايير الذاتية وبقى الآن أن ننذكر أن أكثر المعايير التي وضعها القانون الجديد ليست معايير ذاتية ، بن هي معايير موضوعية وقد قصد هذا القانون من ذلك إلى إيجاد نوع من التعادل بين التطور والاستقرار . فالمعيار الموضوعي من حيث هو معيار عامل للتطور ، ومن حيث هو موضوعي عامل للاستقرار . والموضوعية ، وهي صنو للارادة الظاهرة بل هي الأصل الذي تنتمي إليه هذه الارادة ومن أكبر عوامل الاستقرار . وهي من مميزات القانون الجديد . وقد أراد هذا أن يخفف من حدة النزعة الذاتية التي تميز القوانين اللاتينية ، فأخذ بالأرادة الظاهرة والموضوعية معاً . فمن المعايير الموضوعية التي فاغذ بالأرادة الظاهرة والموضوعية معاً . فمن المعايير الموضوعية التي إنخذها معيار وعناية الشخص المعتاد وطبقه من نواح مختلفة . فالشريك

في عقد الشركة عليه أن يبذل من العناية في تدبير مصالح الشركة ما يبذله في تدبير مصالحه الخاصة إلا إذا كان منتدباً للإدارة بأجر فلا يجوز له أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد. والمستأجر في عقد الإيجار يجب عليه أن يبذل من العناية في إستعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها ما يبذله الشخص المعتاد. والمستعير في عقد العارية عليه أن يبذل في المحافظة على الشيء المعار العناية التي يبنلها في المحافظة على ماله دون أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد. والمودع لديه في عقد الوديعة يجب عليه إذا كانت الوديعة بغير اجر أن يبذل من العناية في حفظ الشيء المودع ما يبذله في حفظ ماله دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد، أما إذا كانت الوديعة بأجر فيجب عليه أن يبذل في حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد، ومن المعايير الموضوعية ما نص عليه القانون الجديد في الإستغلال إذ لا يجوز الطعن في العقد بهذا الوجه إلا إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لاتتعادل البتة مع ماحصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد او مع التزامات المتعاقد الآخر، وما نص عليه في المسؤولية عن الأشياء من أن الشخص بكون مسؤولاً إذا تولي حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة، وما نص عليه في تحديد الضرر المباشر من أنه هو الضرر الذي لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول، وما نص عليه في تحديد العيب الخفي من انه عيب ينقص من قيمة الشيء أو من نفعه بحسب العناية المقصودة منه، وما نص عليه في الأيجار من وجوب أن يكون إستغلال المستأجر الأرض الزراعية موافقاً لمقتضيات الاستغلال المألوف. وإلى جانب المعايير الموضوعية اخذ القانون الجديد بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة في بعض الحالات توخياً لاستقرار التعامل. فعل ذلك في تكوين العقد إلى حد أن قام العقد على الإرادة الظاهرة في بعض الفروض، وفي تفسير العقد إلى حد أن قرر أنه إذا كانت عبارة العقد وأضحة فلا يجوز الإنحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين.

وقد وقف القانون المصرى الجديد بين الفرد والجماعة موقفاً معتدلاً ، فلا هو ضحى بالفرد لمصلحة الجماعة ، ولا هو سخر الجماعة لمصلحة الفرد .

حمى الفرد، فأفسح للحرية الفردية مجالاً معقولاً. ففي نطاق العقد أقر مبدأ سلطان الإرادة وإن كان قد أورد عليه قيوداً معقولة. فلا يزال الفرد حراً في أن يتماقد ، ولا تزال إرادته هي التي تنشيء العقد وهي التي ترتب آثاره، ولا يزال العقد هو احد المصادر الرئيسية للإلتزامات. وإذا كنا قد بعدنا بماورد على الإرادة من قيود لمصلحة كل من الجماعة والفرد، وعن مذهب الفردية المتطرفة التي كانت سائدة في أوائل القرن التاسم عشر فإن القانون الجديد لايزال يخدم أرادة الفرد ويقرر ماتتجه إلى تحقيقه من آثار في حدود معقولة في عصر تطور فيه مذهب الفردية تطوراً خطيراً ونزل فيه عن كثير من مظاهر الغلو . وفي نطاق الملكية استبقى القانون الجديد الملكية الفردية وحماها من الاعتداء . فلمالك الشيء وهده حق استعماله والتصرف فيه، وله الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ولايجوز أن يحرم أحد من ملكه إلا في الأحوال التي يقررها القانون، وبالطريقة التي يرسمها ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل. والمالك حر التصرف في ملكه إذا شاء نزل عنه إلى غيره بمقابل أو بغير مقابل، وإذا شاء استبقاه ينتقل عنه بعد موته إلى ورثته وإلى من اوصى لهم. فالقانون الجديد يحمى الفرد إذن في مظهرين رئيسيين من مظاهر نشاطه: حريته في التعاقد وحريته في التملك.

ولكن القانون الجديد حمى الجماعة أيضاً تمشياً مع روح عصره ومسايرة للتطورات الحمليرة التى اعتورت مذهب الفردية . وآية ذلك نراها ايضاً في نطاق العقد وفي نطاق الملكية . ففي نطاق العقد قيد سلطان الإرادة والتزام في العلاقات التعاقدية حماية الجانب الضعيف ، فعيث يختل الآوازن بين طرفي العقد ، ويقف إحدهما مغلول اليد امام الطرف الآخر فين الجماعة يعنيها أن تحمي الطرف الضعيف من تعسف الطرف القوى . فعل القانون الجديد ذلك في عقود الاذعان وفي نظرية الاستغلال وفي نظرية الحوادث الطارفة وفي عقد العمل وفي عقد التأمين وفي أحكام أخرى كثيرة غيرها . وفي فوائد الدين لم يقتصر على تخفيض سعر الفائدة القانونية والاتفاقية بل أضاف إلى ذلك قيوداً كثيرة في تقاضى الفوائد ، وفي نطاق الملكية جعل القائون الجديد الملكية وظيفة إجتماعية اكثر منها حقاً فردياً بما أورد على هذا الحق من قيود كثيرة . فقد أوجب على المالك حقاً فرياً وغي في إستعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار . وقيد الملكية في

الشرب والمجرى والمسيل وحق المرور والحائط المشترك والمطلات وشرط عدم التصرف وما إلى نلك من القيود القانونية والاتفاقية، بما يغل يد المالك في استعماله لملكه لاللمصلحة العامة فحسب بل أيضاً لمصلحة الجيران وبما يبرز فكرة التضامن الاجتماعي متفلفلة في الصعيم من نظام الملكية. فالقانون الجديد قد خطا بما وضعه من قيود على حرية التعاقد وعلى حق الملكية خطوات واسعة في سبيل تحقيق العدالة الاجتماعية.

هذه هى الاتجاهات العامة للقانون المصرى الجديد. ونراها تؤكدهذه الفكرة التى سبقت الإشارة إليها. فهى إن القانون يمثل أصدق تمثيل الثقافة المدنية الغربية فى العصر الذى نعيش فيه.

القانون المدنى العراقي الجديد:

مصادره: استقى القانون المدنى العراقى الجديد مصادره هو ايضاً من منابع ثلاثة: مجلة الأحكام العدلية، والقوانين المدنية العراقية الأخرى التى كانت موجودة من قبل، والقانون المدنى المصرى الجديد.

وقد كانت القوانين المدنية العراقية قبل صدور القانون المدني الجديد مششتة منتثرة في مصادر متفرقة ، فالمجلة وهي أهم هذه المصادر كانت تضم الأحكام الكلية والعقود المعينة وبعض قواعد الملكية والحقوق العينية والكثرة الغالبة من نصوصها كانت تعلق بالعقود المعينة ، كان ينظم نوعاً . خاصاً من الملكية هو حق التصرف في الأراضي الأميرية وكانت هناك تشريعات عراقية ، موروثة هي ايضاً من الدولة العثمانية ، تنظم الرهن التأميني أما رهن الحيازة فكان مكانه المجلة باعتباره عقدا من العقود المعينة. وأما التسجيل وشهر الحقوق العينية في «الطابو» فقد اشتملت تشريعات خاصة على قواعدها. وانتشرت قواعد مدنية هامة في ثنايا قوانين الإجراءات، في قانون اصول المحاكمات الخقوقية وقانون الاجراء وقانون المحاكم الصلحية والسبب الرئيسي لهذا التشتت موروث أيضاً عن الدولة العثمانية، فقد كانت الدولة تلتزم بوجه عام الفقه الإسلامي في تشريعها المدنى، وقد قننت هذا الفقه في المجلة كما سبق القول ..ولكن الحاجة كانت تلجئها إلى وضع تشريعات مدنية تقتضيها الضرورة، فلم تكن تستطيع أن تدخل هذه التشريعات في صلب المجلة حتى لا يقال انها الخلت على الفقه الاسلامي شيئاً غريباً عنه. فلجأت الى هذه التشريعات (م. ۳۲ مقالات د ، السنهوري جا)

الخاصة التي سبقت الاشارة اليها، وورثها العراق عنها، ثم عمدت الى قوانين الاجراءات وهي مأخوذة من القانون الفرنسي، فحشرت بين نصوصها ما رأت اقتباسه من الأحكام المدنية الفرنسية.

وقد ولجهت هذه الحالة المضطربة عندما عهدت الى الحكومة العراقية مع لجنة من كبار رجال القانون في العراق، في وضع مشروع لقانون مدني عراقي يلم شتات هذه التشريعات المبعثرة، ويؤلف ما بين اجزائها وينسق ما بين نصوصها . فاستبقينا كمصدر اول من مصادر القانون العراقي الجديد نصوص المجلة بعد تهذيب استعنا فيه بنصوص مرشد الحيران لصاحبه محمد قدري باشا . واضفنا الى هذا المصدر ما جمعناه من التشريعات العراقيه الضاصة كقانون الاراضي وقانون الرهن التأميني وقانون " الطابو " . وانتزعنا الاحكام المدنية من قوانين الاجراءات واقررناها في مكانها من القانون الددني الجديد . واستكملنا كل هذا - ولم يكن وافيا بالحاجة في تقنين مدنى حديث ـ بالاستعارة من القانون المصدري الجديد . وجهدنا ان يكون هذا المجموع غير متنافر الاجزاء ، وان تنسق النصوص وتنسجم الاحكام ، حتى لا تكون هذه المصادر المتفرقة نبيا في اي تعارض يقع بين نواحي القانون الجديد .

وقد استعرضت المنكرة الايضاحية (الاسباب الموجبة) لمشروع القانون المدنى العراقي هذه الحالة القديمة ، فبينت ان تشتت قواعد القانون المدنى في مصادر متفرقة كان خليقا أن يحمل الباحث مشقة بالغة في تقصى القواعد القانونية في مظانها ، ثم ان اشتقاق الاحكام من مصادر متباينة لم يقترن في الماضى بايةمحاولة للتنسيق . • وقد ترتب حكما تقول هذه المنكرة الايضاحية على ذاك أمران : الأول : تعنر استخلاص احكام عامة تسيطر على القانون المدنى بأسره ، كأحكام النظرية العامة للالنزام . ولهذه الأحكام أهميتها لا باعتبارها مرجعا يلجأ اليه القاضى لن افتقد الحكم بصدد مسألة من المسائل فحسب ، بل واعتبارها مرشدا يسدد خطى المشرع في وضع التشريعات الخاصة ، والأمر الثاني : خلو قواعد القانون المدنى العراقي من معنى التجانس ، وهو معنى لا يتوافر الا من طريق تنسيق جامع ، تتماسك بفضله الأصول العامة ، وتهذب الأحكام التقصيلية تهذيبا يحكم ارتباطها فيما بينها ويحلها المحل المناسب في كنف هذه

الأصول و لا يتيسر هذا التنسيق ما بقى النشاط التشريعي موزعا متقطعا ولكنه يتاح بتعديل شامل يتناول قواعد القانون المدني في جملتها دون أن يقتصر على جوانب أو فروع منها . وقد عنى المشرع بهاتين الناحيتين عناية خاصة فحرص على أن يجمع شتات قواعد القانون المدني بين دفتي تقنين واحد وبذلك عادت أكثر القواعد المشتتة إلى مكانها المناسب من هذا التقنين . ومن أبرز ما يساق من الأمثلة في هذا الصدد وضع الأحكام التي

تضمنها قانون الأراضى والأحكام المتعلقة بالتأمينات العينية في صعيد واحد مع سائر الأحكام الخاصة بالملكية والحقوق العينية . وكذلك جهد المشروع في التنسيق بين الأحكام التي اشتمل عليها . فألف بين ما استمد من الفقه الاسلامي وبين ما اشتق من غيره من المصادر . وبهذا تسنى له أن يحقق غرضين : (ولهها : انساح المجال لأحكام كلية تتركز فيها نظريات عامة الخصيا نظرية الالتزام ، والشاني : وهو الأخطر التمهيد للقانون المدنى العربي ، .

وقد تابع القانون المدنى العراقى الجديد القانون المدنى المصرى في التربيب والتبويب متابعة تامة. ففى باب تمهيدى بينت مصادر القانون العراقى، وقررت القواعد المتعلقة بتنازع القوانين من حيث الزمان ومن حيث المكان وبالأشخاص الطبيعية والأشخاص المعنوية وبتقسيم الأشياء والأموال على النحو المعروف فى القوانين المدنية الغربية. ويمكن القول أن هذا الباب التمهيدى منقول كله نقلا يكاد يكون حرفيا من القانون المدنى المصرى الجديد، فيما عدا بعض القواعد الكلية التى نقلت عن المجلة.

ثم ينقسم القانون العراقى، كالقانون المصرى إلى قسمين رئيسيين، احدهما للحقوق الشخصية والآخر للحقوق العينية، ففي القسم الأول صيفت نظرية عامة للالتزام، جمعت أجزاؤها من نصوص المجلة حيث تعرض لبعض القواعد العامة في الالتزام في ثنايا النصوص الواردة في العقود المعينة، واكملت بنصوص القانون المصرى الجديد ولقيت في نصوص المجلة مادة خصبة استقت منها في غير عناء واستكملتها بنصوص من القانو المصرى.

وتناول القسم الثاني: الملكية والحقوق العينية الأصلية، ففصل المحامها، موفقا ما بين احكام الفقه الاسلامي ونصوص المجلة من جهة وبين مباديء القوانين الغربية مقتبسة من نصوص القانون المصرى المجديد من جهة اخرى، والمج في هذا كله نصوص قانون الأراضي، بعد أن هذب صياغتها ووضح المبهم منها، ثم اشتمل على التأمينات العينية فوفق في الرهن الرسمي ما بين أحكام التشريعات العراقية الخاصة ونصوص القانون المصرى الجديد والف ما بين هذه النصوص ونصوص المجلة في رهن الحيارة، واحتذى في حقوق الامتياز مثال القانون المصرى الجديد.

ونتبين من ذلك أن مصادر القانون العراقى هى كما سبق القول، نصوص المجلة ونصوص التشريعات العراقية الخاصة ونصوص القانون المدنى المصرى الجديد.

التجاهاته العامة. وكل ما قدمناه من اتجاهات عامة للقانون المصرى الجديد من طابع الاعتدال ومن التوسط بين الاستقرار والتطور وبين حماية الفرد وحماية الجماعة، نستطيع أن نثبتة للقانون العراقى الجديد، فإن النصوص في النصف منها على الأقل واحدة في القانونين

ويتميز القانون العراقى الجديد باتجاه خاص ينفرد به عن القانون العصرى الجديد وعن سائر القوانين الحديثة. فهو اول قانون مدنى حديث بتلاقى فيه الفقه الاسلامى والقوانين الغربية الحديثة جنبا إلى جنبا بقدر متساو فى الكم والكيف. وهذه تجربة من اخطر التجارب فى تاريخ التقنين المدنى الحديث. ذلك أن الشريعة الاسلامية منذ أن ركدت طوال القرون الماضية و أغلق باب الاجتهاد فيها أصبحت شريعة قديمة من طراز القانون الرمانى لم تهب عليها ريح الاصلاح الا فى مرحلة أولى يوم قننت أحكامها فى نصوص تشريعية على نسق التقنينات الغربية فى المجلة وفى مرشد الحيران. وها نحن الأن فى مرحلة ثانية يخطوها القانون العراقى مرشد الحيران. وها نحن الأن فى مرحلة ثانية يخطوها القانون العراقى نصوص القوانين الغربية ممثلة فى القانون المصرى الجديد. فلسنامغالين نصوص القوانين الغربية ممثلة فى القانون المصرى الجديد. فلسنامغالين إذا تجربة القانون المدنى العراقي تعد من اخطر التجارب فى تاريخ التقنين. فهذه أحكام الفقة الاسلامى قننت فى نصوص واضحة ووضعت

إلى جانب نصوص القوانين الغربية وبذلك تم جمع الفقه الاسلامى والقوانين الغربية على صعيد واحد فمكن لعوامل المقارنة والتقريب من أن تنتج اثرها ومهد الطريق للمرحلة الثالثة والأخيرة في نهضة الفقه الاسلامي، يوم يصبح هذا الفقه مصدرا لأحكام مدنية حديثة تجارى مدنية العصر وتساير احدث القوانين واكثرها تقدما ورقيا.

فما هو مصير هذه التجربة الخطيرة بعد أن وضعنا الفقه الاسلامي إلى جانب القوانين الغربية في تقنين واحد، والفنا ما بينهما برباط وثيق؟ هذه مسألة المستقبل، وهذا ما ننتقل الآن المه.

۔ ۳ ۔ المستقبل

قلت أن هناك في الوقت الحاضر تيارين رئيسيين في حركة التقنين المدنى العربي، يمثل أحدهما القانون المصري الجديد ويمثل الأخر القانون العراقي الجديد وعرضت في كلمة موجزة لمصادر كل من القانونين واتجاهاته العامة، وذكرت أن هذين التيارين سيتنازعان في المستقبل السيادة في التقنين المدنى العربي.

ويعنينى الأن وانا أشارف أبواب المستقبل أن أبين أن القانون المصرى والقانون العراقي لم يوضعا للتنازع والتعارض بل وضعا للتناف والتكامل. وقد كنت وأنا أعمل في كل من القانونين أدرك إدراكا تأما أن القانون العراقي ما كان يتم على النحو الذي تم به قبل إتمام القانون المصرى ليستعير الأول من الثاني تبويبه وترتيبه وصياغته وأساليبه ليستكمل منه ما ينقصه من موضوعات لايجدها ممهدة في الفقه الاسلامي. والهدف الذي قصدت اليه هو أن يكون للبلاد العربية قانون مدني واحد يشتق رأسا من الشريعة الاسلامية. ولكن هذا الهف بعيد، وأنا العليم بما يحوطه من صعاب كاداء وما يقتضيه من مشقة بالغة وما يتطلبه من زم طويل يقصر عنه الأجل ويفني دونه العمر، وكنت أنا أعلم أن الشقة زما علم هي بعيدة أعلم في الوقت ذاته أن السبيل أيضا غير ممهد، فلابد من تعبيد

الطريق للوصول إلى الهدف المنشود. ولن نصل إلى المرحلة الأخيرة الا بعد أن نجتاز مرحلتين تسبقانها.

(المرحلة الأولى): هى استخلاص ما وصلت اليه الثقافة المدنية الغربية فى آخر تطوراتها الى العصر الذى نعيش فيه. وهذا ما تحقق بوضع القانون المدنى المصرى الجديد. وكان وضعه على هذا النحو طبيعيا لأن مصر كما قدمت الفت القوانين الغربية فلا تستطيع ات تدعها الى الفقه الاسلامى فى يوم وليلة قبل أن يتم تطور هذا الفقه.

(والمرحلة الثانية). هي وضع هذه الثقافة المدنية الغربية الى جانب الفقه الاسلامي بعد أن تم تقنينه نصوصا في المجلة ومرشد الحيران. وهذا ما تحقق بوضع القانون المدنى العراقي الجديد. وكان هذا ايضا طبيعيا لأن العراق الف الفقه الاسلامي عن طريق المجلة فكان الواجب أن يستبقيه بالقدر الممكن وأن يضيف عليه ما يكمله من نصوص القانون المصمى الجديد. واقدر بعد أن اجتزنا هذه المرحلة الثانية وبعد أن اصبح يتكامل القانونان وأن يتفاعلا هذا يؤثر في ذاك ثم يتأثر به. ومن ثم تقوم نهضة علمية حقة لدراسة الفقه الإسلامي في ضوء القانون المدنى الغربي. وهذه الدراسة هي التي قصدت أن أصل اليها حتى إذا آتت ثمارها وتقدمت دراسة الغقه الإسلامي للي الحد الذي يجعله مصدرا لقانون مدنى يجارى مدنية العصر ويساير ثقافة الجيل، عند ذلك نكون قد بغلنا المرحلة الثالثة والأخيرة ويتحقق ببلوغنا هذه المرحلة الهدف المنشود.

على هذا الوجه يصدق ما قلته من أن القانون المدنى المصرى والقانون المدنى العراقي لا يتنازعان ولا يتعارضان، بل يتألفان ويتكاملان. فاحدهما: هو مرحلة للأخير والاثنان معا مرحلتان لازمتان لمرحلة أخيرة هي التي نهدف للوصول اليها.

فالنتيجة الحتمية اذن لوضع القانون المدنى المصرى ثم لوضع القانون المدنى العراقي مشتقا منه ومن الفقه الاسلامي على السواء هي النهوض بدراجة الفقه الاسلامي في ضوء القانون المدنى الغربي. وقد ينشأ من تطبيق القانون العراقي و هو يقوم على أساسين مختلفين بعض الصعوبات . ولكنها لن تزيد عن الصعوبات المالوفة التي تعترض تطبيق

كل قانون جديد ، بل أن هذه الصعبوات ذاتها هي التي ستشحذ الهمة لدراسة الفقه الاسلامي حتى يتيسر تنسيق أحكامه مع أحكام القانون المدنى الغربي .

فالمستقبل أذن يتمثل بدراسة الفقه الاسلامي . ونركز كلامنا الأن في هذه الدرساة . فنلقى نظرة سريعة على الفقهة الاسلامي ، ثم نبين كيف تكون دراسته وما هي الغاية التي نبتغي الوصول اليها من هذه الدراسة . فنظرة في الفقه الاسلامي :

يظن كثيرون أن الفقه والدين في الاسلام هما شيىء و لحد . وهذا الظن يدعو إلى انعام النظر . لاشك في أن الاسلام دين ودولة ، والدولة لابد لها من فقه ولكن فقهاء الشريعة الاسلامية كانوا يدركون ادراكا تاما الحد الفاصل بين الفقه وقد وضع لتعامل الناس وتنظيم علاقاتهم ببعضهم البعض ، والدين وهو أمر يتصل بعلاقة الانسان بربه ، حتى لتراهم يميزون في الشيء أن يكون صحيحا قضاء مكروها ديانة .

فالفقه الاسلامي هو فقه محض، لاتقل عراقته في ذلك عن عراقة القانون الروماني. وهو لايقل عنه في دقة العنطق وفي متانة الصياغة وفي القابلية للتطور. وهو مثله صالح أن يكون قانونا عالميا بل كان بالفعل قانونا عالميا يوم امتدت دولة الاسلام من اقاصي البلاد الآسيوية الى ضفاف المحيط الاطلسي وكما أنبت القانون الروماني بعد أن احييت دراسته في العصور الوسطى، القوانين اللاتينية والقوانين الجرمانية الحديثة وهي القوانين التي تعيش أوربا في ظلها كذلك الفقه الاسلامي إذا احييت دراسته وانفتح فيه باب الاجتهاد قمين أن ينبت قانونا حديثا لايقل في الجدة وفي مسايرة العصر عن القوانين اللاتينية والجرمانية، ويكون هذا القانون مشتقا من الفقه الاسلامي اشتقاق هذه القوانين الحديثة من القانون الروماني العديثة من القانون الروماني العديثة من

هذه هي عقيدتي في الفقه الاسلامي تكونت لا من العاطفة والشعور فحسب بل تضافر في تكوينها الشعور والعقل ومكن لها شيء من الدرس. واكثر ما كان درسي للفقه الاسلامي عند وضع القانون المدني العراقي. فإن هذا الظانون كما قدمت مزاج صالح من الفقه الاسلامي والقانون المصري الجديد. فاتاح لي اطلاعي على نصوص الفقه الاسلامي، سواء كانت مقننة في العجلة ومرشد الحيران أو كانت معروضة عرضا فقهيا في امهات الكتب وفي مختلف العداهب، أن الحظ مكانة هذا الفقه وحظه من الاصالة والابتداع وما يكمن فيه من حيوية وقابلية التطور . وسيرى القارىء فيما يلى امثلة من نصوص القانون العراقي تدل على صحة ما أقول عندما يقرأ نصوص الفقه الاسلامي موضوعة إلى جانب نصوص القانون المصرى الجديد وكأنما هذه وتلك مصدرها جميعا فقه واحد ، فقد تألفت حتى لتأخذك الربية في أي النصين هو نص الفقه الاسلامي وأيهما هو نص القانون المصرى الجديد .

يقال عادة أن مصادر الفقه الاسلامي هي. الكتاب والسنة والاجماع والقياس، أما الكتاب والسنة فهما المصادر العلبا للفقه الاسلامي، وقد قصدت بالمصادر العليا أن أقول أنها مصادر تنطوى على كثير من الحالات على مبادىء عامة ترسم للفقه اتجاهاته ، ولكنها ليست هي الفقه ذاته. فالفقه الاسلامي هو من عمل الفقهاء صنعوه كما صنع فقهاء الرومان وقضاته القانون الروماني، وقد صنعوه فقها صميما، الصباغة الفقهية وأساليب التفكير القانوني فيه واضحة ظاهرة فأنت تقرآ مسائل الفقه الإسلامي في كتبه الأولى ككتب ظاهر الرواية لمحمد، كما تقرأ مسائل الفقه الروماني في كتب فقهاء الرومان في العصر المدرسي، ثم تنتقل الى مرحلة التبويت والترتيب والتنسيق والتحليل والتركيب في الفقه الاسلامي فتقف على الصناعة الفقهية في أروع مظاهرها وفي أدق صورها . ثم يقول لك هؤلاء الفقهاء الاجلاء في كثير من التواضع أن هذا هو الاجماع أو القياس أو الاستحسان أو الاستصحاب أو ما شئت من المصادر التي ابتدعوها ، وأن الأصل في كل هذا يرجع إلى الكتاب والسنة . والواقع من الأمر أنهم صنعوا فقها خالصا هو صفحة خالدة في سجل الفقه العالمي.

كيف تكون دراسة الفقه الإسلامي:

وبعد هذه النظرة السريعة في الفقه الاسلامي نرسم بايجاز المنهج الذي نقترحه في دراسته لاحيائه وللنهضة به نهضة علمية صحيحة.

فالأساس في هذه الدراسة أن تكون دراسة مقابهة فيدرس الفقه الاسلامي في ضوء القانون المقارن. ويعني في هذه الدراسة بأمرين جوهرين: (أولهما): أن تدرس نشأة الفقه الاسلامي دراسة دقيقة،

فيبحث كيف تكون هذا الفقه على مر الزمن وكيف تطور وبخاصة في العصور التي سبقت عصر المذاهب الكبرى الأربعة. (والأمر الثاني) ان تدرس مذاهب الفقه الإسلامي المختلفة، السنى والشيعي والخارجي والظاهري وغير ذلك من المذاهب، دراسة مقارنة لتستخلص منها وجوء النظاهري وغير ذلك من المذاهب، دراسة مقارنة لتستخلص منها وجوء النظر المختلفة، ولتتركز هذه الوجوه في تيارات التفكير القانوني. ثم تتارن هذه الوجوه في تيارات التفكير القانوني. ثم حتى يتضح ما بينهما من الفروق ووجوه الشبه وحتى نرى أين وقف الفقه الاسلامي لا في قواعده الاساسية ومبادئه بل في احكامه التفصيلية وفي تغريحاته فتمند يد التطور الى هذه التفصيلات على أسس تقوم على ذات تغريحاته فتمند يد التطور الى هذه التفصيلات على أسس تقوم على ذات الفقه الاسلامي وطرق صياغته واساليب منطقه. وحيث يحتاج الفقه الاسلامي الى التطور وحيث يستطيع أن يجاري مدنية العصر يبقى على حاله دون تغيير. وهو في الحالين فقه اسلامي خالص لم تداخله عوامل اجنبية فتخرج عن اصله.

ومن ثم تكون موضوعات البحث الاساسية في دراسة الفقه الاسلامي ... هي :

- (١) تاريخ الفقه الاسلامي، ويخاصة قبل عصر المذاهب.
- (٣) أصول الفقه الاسلامى ، على أن يعاد البحث في النظرة التقليدية
 لهذه الأصول .
 - (٣) مقارنة مذاهب الفقه الاسلامي المختلفة فيما بينها .
 - (٤) مقارنة الفقه الاسلامي بالقوانين الغربية الحديثة.

ولابد لهذه الدراسة من معهد خاص يتوفر على الأسباب اللازمة لنجاحها من اسائذة يتخصصون لها، ومراجع يستعان بها، وطلاب يتفرغون لهذه الدراسة وعندى ان خير جهة يلحق بها هذا المعهد هو جامعة الدول العربية، فهى البيئة الطبيعية لهذه الدراسة التي تتفق مع ما ترمى الجامعة الى تحقيقه من اهداف عربية خالصة. بل انى ارى ضرورة انشاء معهد ثقافي عربي جامع، تنشئه جامعة الدول العربية لدراسة القومية العربية من نواحيها المختلفة، السياسية والاقتصادية والاجتماعية والتاريضية والجغرافية، فإذا ما انشىء هذا المعهد الجامع كان معهد الفقه الاسلامي فرعا من فروعه المختلفة.

الغاية من دراسة الفقه الاسلامي:

والغاية من دراسة الفقه الإسلامي على النحو الذي قنمته هي أن تنتهي هذه الدراسة بعد عشرات من السنين إلى أن يتجدد شباب هذا الفقه ، وتدب فيه عوامل التطور فيعود كما كان فقها صالحا للتطبيق المباشر ، مسايرا لروح العصر وتكون نهضة الفقه الاسلامي هذه شبيهة بنهضة الفقه الروماني في العصور الوسطى وينبت الفقه الاسلامي قانونا مدنيا متطورا الروماني في العصور الوسطى وينبت الفقه الاسلامية كما انبثقت الشرائع اللاتينية والشرائع الجرمانية من الشريعة الاسلامية كما انبثقت الشرائع الإمرانية القول وأحب أن أنبه في هذا الصدد إلى أمرين: الروماني على ما سبق القول وأحب أن أنبه في هذا الصدد إلى أمرين: يجب أن يكون في منطقه وفي صياغته وفي اسلوبه فقها اسلاميا خالصاء لا مجرد محاكاة للقوانين الغربية . فاننا إذا اقتصرنا على تقليد هذه القوانين الغربية . فاننا إذا اقتصرنا على تقليد هذه لتحسننا على المولى كان ان نقض مناشرة من القوانين الغربية القوانين الغربية من تطور الفقه الاسلامي لا نكون القوانين المرابية القوانين المرابية من مناشرة من القوانين الغربية أقوا نيا للأنذ بحض المشتغلات من عاد المسالة متصرت من على المناسالة متصرت من على المناب المنابة القوانين الغربية القوانين المرابية المناب المناسالة متصرت من على المنابة من عاد المسالة متصرت من على المنابقة المنابقة المنابقة القوانين الغربية القوانين المرابية على المشتغلات عاد المنابقة متصرت من على المنابقة المنابقة

لا مجرد محاكاه للعوامين العربية. هامنا إذا المصرنا على تقليد هذه القوانين على اعتبار أن هذه هي الغاية من تطور الفقه الإسلامي لا نكون قد صنعنا شيئاً. ويكون الأولى لنا أن نقتبس مباشرة من القوانين الغربية أقول ذلك لأنني لاحظت أن بعض المشتغلين مهذه المسانة يقتصرون على إيراد نصوص من القوانين ثم يحاولون أن يخرجوا هذه النصوص على احكام الفقه الاسلامي دون أن يراعوا في ذلك أصول الصناعة في هذا العقاء ،ثم ينتهون من هذا البحث السطحي إلى أن نصوص القوانين الغربية هي الشريعة الاسلامية ذاتها . مثل هذا العمل لا يحمل طابع البحث العلمي الصحيح ، وليس من وراثه كسب يذكر لا للفقه الاسلامي ولا للقوانين الغربية . وهو عمل سهل ولكن نفعه ضيئل محدود .

والواجب أن تدرس الشريعة الاسلامية دراسة علمية دقيقة وفقا لأصول صناعتها ولا يجوز أن نخرج على هذه الأصول بدعوى أن التطور يقتضى هذا الخروج ، ولا ينبغى أن نخشى من أن دراسة الشريعة الاسلامية على هذا الوجه العلمى الصحيح قد يؤدى إلى أن نكشف قصورها عن أن تتطور وأنها تضيق بما استجد من حاجات المدنية . ذلك أن هناك مصدرا معترفا به من مصادر الشريعة الاسلامية وهو الاجماع ، لم ندرك حتى اليوم خصوبته ومقدار ما يستطيع أن يواتى به هذه الشريعة من عوامل التطور . فالاجماع كمصدر للفقه الاسلامي كان في أول امره مقصورا على عرف أهل المدينة . ثم تطورت فكرة الاجماع فجاوزت هذا النطاق الضيق عرف أهل المدينة . ثم تطورت فكرة الاجماع فجاوزت هذا النطاق الضيق

الى ما أجمع عليه الفقهاء فى عصور ثلاثة: عصر الصحابة، وعصر التابعين، وعصر تابعى التابعين. ثم اتسعت الفكرة فأصبحت هى إجماع الفقهاء فى أى عصر وفى أى بلد. والفكرة على هذا الرجه منتجة خصبة يمكن الانتفاع بها إلى مدى بعيد فى تطوير الفقه الإسلامي. فالقائمون بدراسة هذا الفقه على النحو الذى قدمناه عليهم أن يجتهدوا فى استنباط الأحكام التى تلائم هذا العصر وفقا لأصول الصناعة الفقهية الاسلامية. ومتى أجمعت كثرتهم على رأى اصبح هذا الرأى جزءا أصبيلا من الشريعة الاسلامية، يستمد وجوده من الاجماع، ونكون بذلك قد جددنا فى احكام الشريعة الاسلامية دون أن نخل بأصولها أن ننحرف عن مصادرها.

- (والأمر الثاني): ان القانون العدنى العراقي الجديد يمهد تمهيدا حسنا لدراسة الفقه الاسلامي، ففيه وضعت نصوص هذا الفقه الى جنب نصوص القوانين الغربية الحديثة معثلة في القانون المصري الجديد. فتلاقي النظام الاسلامي بالنظام الغربي، ونستطيع أن نستخلص من هذا الثلاقي أين يتفق النظامان وأين يختلفان، والمطلع على نصوص الثانون العراقي لا يلبث أن يلاحظ أن نصوص الفقه الإسلامي وقد تلاقت مع نصوص القانون العدني المصري لاتعدو وجوها خمسة:
- (۱) فهى فى بعض المواطن تشق طريقها مرسلة على سحبيتها ، فتبدع من الأحكام ما ترفع به الى مستوى لا يقل عن مستوى القانون المدنى المصرى . فيحتفظ القانون العراقى بأحكام الشريعة الاسلامية كما هى دون تغيير .
- (۲) وهي في مواطن أخرى تجاري نصوص القانون المدني المصري
 مجارة تامة. فهنا أيضا يحتفظ القانون العراقي بها كما هي.
- (٣) وهي في بعض الحالات لا تجاري هذه النصوص الا مجاراة قاصرة، فيستكمل القانون العراقي بهذه ما تقصر تلك عن بلوغه.
- (٤) وهي في حالات أخرى تسكت عن الحكم فيملأ هذا الفراغ بنصوص من القانون العدني المصرى.
- (٥) وهي أخيرا تعارض نصوص القانون المدنى المصرى، فتفضل هذه عليها لأنها أصلح للعصر الذي نعيش فيه.

فمثل ما تبتدعه الشريعة الاسلامية ، مرتفعة فيه إلى مستوى لايقل عن مستوى القانون المدنى المصرى نظرية بطلان العقد . فعند فقهاء الشريعة الاسلامية العقد يكون باطلا أو فاسدا أو موقوفا أو نافذا أو لازما . والقانون المدنى المصرى مقتديا في ذلك بالقوانين الغربية الحديثة ، بجعل العق إما باطلا أو قابلا للابطال أو صحيحا لازما أو غير لازما . وليس هنا مكان المقارنة ما بين هاتين النظريتين . وبحسبى أن أقرر أن نظرية الفقة الاسلامي لاتقل في الدقة والتدرج المنطقي وحسن الصيغة وقوة الصنعة عن نظرية القوانين الغربية . ومن ثم استبقاها القانون المدنى العراقي ولم يعدل عنها إلى النظرية الغربية .

ومثل ما تجارى فيه نصوص الفقه الاسلامى نصوص القانون المدنى المصرى مجارة تامة ، فنقلت نصوص الفقه الاسلامى كما هى فى القانون المدنى العراقى ، ما جاء فى الأحكام العامة فى الباب التمهيدى اذ نصت المادة الثانية على انه الا مساغ للاجتهاد فى مورد النص ا . ونصت المادة الثانية على ان اما ثبت على خلاف القياس ففيره لا يقاس عليه او ونصت المادة الرابعة على انه اذا تعارض المانع والمقتضى قدم المانع . واذا المانع عاد الممنوع ، ولكن الساقط لا يعود ، وغير من جوامع الكلم مما عبر فيه الفقه الاسلامى تعبيراً دقيقاً عن معان يقول بها القانون الحديث . ومن ذلك ما ورد المادة ا ۱۸ من انه الاينسب الى ساكت قول . ولكن السكوت فى معرض الحاجة الى البيان تعتبر قبولا ، وما ورد فى المادة الاماد المكلم يهمل ، وفى المادة ، ۱۹ من ان المطلق يجرى على اطلاقه اذا لم يقم دليل التقييد نصا او دلالة ، وفى المادة ، ۱۹ من ان الوصف فى الحاضر لغو وفى الغائب معتبر ،

ومثل ما لأتجارى فيه نصوص الفقه الاسلامي نصوص القانون المدنى المصرى الامجاراة قاصرة، فاستكملت تلك بهذه، ما ورد في المادة «٧٤» من بيان ما يرد عليه العقد وفقا للمعروف في الفقه الاسلامي، ثم ما ورد في المادة ٧٥ من استكمال ضروري للاحكام المتقدمة. فنصت المادة ٤٤٠ على أنه ايصح أن يرد العقد »:

 (١) على الاعيان منقولة كانت أو عقارا لتمليكها بعوض بيعا أو بغير عوض هنة ولحفظها وديعة أو استهلاكها بالانتقاع بها قرضًا. (۲) وعلى منافع الاعيان للاتنفاع بها بعوض ايجارة أو بغير عوض اعارة.

(٣) وعلى عمل معين أو على خدمة معينة ثم نصت المادة ٧٥ على انه يصبح أن يرد العقد على أي شي أخر لايكون الالتزام به ممنوعا بالقانون أو مخالفا للنظام أو للأداب ، . ومثل ذلك أيضًا ما ورد في المادة : ٧٧ ؛ عن الصيغة التي يصح التعبير بها عن الايجاب والقبول وفقا لاحكام الفقه الاسلامي ثم ما ورد في المادتين ٧٨ و ٧٩ من استكمال ضروري لهذه الاحكام وفقا لنصوص القانون المدنى المصري. فنصت المادة » ٧٧ » على أن » الإنجاب و القبول كل لفظين مستعملين عرفا لانشاء العقد » واى لفظ صدر اولا فهو ايجاب والثاني قبول. ويكون الايجاب والقبول بصيغة الماضي، كما يكونان بصيفة المضارع او بصيفة الامر اذا اريد يهما الجال؛ ثم نصت المادة « ٧٨ ؛ على أن صبغة الاستقبال التي هي بمعنى الوعد المجرد بتعقد في العقد وعدا ملزما إذا انصرف إلى ذلك قصد العاقدين. ثم نصت المدة ٤٧٩، على ان دكما يكون الايجاب او القبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة وبالاشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الاخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضى، وباتخاذ اي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على التراضي ١٠ وهناك امثلة كثيرة اخرى نحتزىء لضبق المقام بالاشارة الى بعضها . فالحق العيني والحق الشخصيي، والوعد بالتعاقد، وعبوب الارادة، والفسخ، والعمل غير المشروع، والحق في الحبس للضمان، وحوالة الدين، والبيع، والهبة، والشركة ، والصلح ، والايجار والكفالة ، والملكية ، والرهن الحيازي ، كل هذه موضوعات امتزجت فيها نصوص الفقه الاسلامي بنصوص القانون المصري الجديد.

ومن امثلة ما سكتت عنه نصوص الفقه الاسلامي، فمل الفراغ بنصوص من القانون المدنى المصرى، التعهد عن الغير، والاشتراط لمصلحة الغير، والدعوى غير المباشرة، والذعوى البوليصية، ودعوى الصورية، والتضامن، وحوالة الحق، والاثبات، وبعض العقود المعينة، وحق المنفعة، وحقوق الارتفاق والرهن التأميني، وحقوق الامتياز. والامثلة على ما تعارضت فيه نصوص الفقه الاسلامى مع نصوص القانون المدنى المصرى، ففضلت هذه على تلك، قليلة العدد. نذكر منها • التعامل في الشيء المعدوم، والفوائد، والكسب دون سبب.

والذي يعنيني أن أقرره هنا أنه ليس مطلوباً على ولا محتملاً ان تنتهي دراسة الفقه الاسلامي الى أن يكون صورة مطابقة للقانون المدنى العراقي . فهذا القانون انما هو مزيخ من الفقه الاسلامي والقانون الغربي ، فلا هو فقه اسلامي خالص ولا هو قانون غربي محض. والذي نبتغيه من دراسة الفقه الاسلامي ان نبقيه فقها اسلاميا خالصا . فليس المقصود اذن ، حيث بتلاقي الفقه الاسلامي والقانون الغربي في نص واحد أن نخرج القانون الغربي فنجعله فقها اسلاميا، ولا ان نخرج الفقه الاسلامي فنجعله قانونا غربيا، بل ولا ان نستيقي الفقه الاسلامي على حالة . فقد ينتهي بنا الدرس الي شيء من هذا أو الي كل هذا أو الى شيء غير هذا . والهدف الذي نرمى اليه هو تطوير الفقه الاسلامي وفقا لاصول صناعته، حتى نشتق منه قانونا حديثا يصلح للعصر الذي نحن فيه . فاذا استخلصنا هذا القانون في نهاية الدرس وابقيناه دائم التطور حتى يجارى مدنيات العصور المتعاقبة . فقد تكون احكامه في جزء منها ، قل او كثر ، مطابقة لاحكام القانون المدنى العراقي، أو لاحكام القانون المدنى المصرى الجديد أو القانون العراقي الجديد الأ قانونا مناسبا في الوقت الحاضر لمصر والعراق. والقانون النهائي الدائم لكل من مصر والعراق بل ولجميع البلاد العربية انما هو ١ القانون المدني العربي ، الذي نشتقه من التشريعة الاسلامية بعد أن يتم نطورها . وقد تكون البلاد العربية عند ظهور هذا القانون قد توحدت، فيأتى القانون ليدعم من وحدتها وقد يكون في طريقها الى التوحيد، فيكون القانون عاملاً من عوامل توحيدها ، ويبقى على كل حال رمزا لهذه الوحدة.

عبد الرزاق أحمد السنهوري

La Responsabilité Délictuelle dans le Droit Egyptien

Danscetteétudesommaire nous nous bornerons à tracer les grandes lignes de

la responsabilité délictuelle dans la jurisprudence égyptienne (1). Nous prendrons comme base le fondement même de cette responsabilité, la faute, et, en nous plaçant au point de vue du droit français et du droit égyptien qui en dérive, nous examinerons successivement la responsabilité à base de faute prouvée, la responsabilité à base de faute présumée et la responsabilité sans faute (à base de risque).

PREMIERE PARTIE RESPONSABILITE A BASE DE FAUE PROUVEE

Sur cette question le droit égyptien se rapproche beaucoup du droit français; les principes de ce dernier système se trouvent affirmés à maintes reprises par la jurispnudence égyptienne. Celleci-ci décide constamment que le demandeur doit fournir la preuve, non seulemenr du dommage subi, mais aussi que celui-ci est imputable à une faute du défendeur. Cette preuve, se raportant à un fait, peut être administrée par tous les moyens (11 mars 1893. B. 9. 196).

La faute, première condition de responsabilité, n'est nullement définie par les disposition des codes égypyiens, elle tombe dans l'appréciation souveraine du juge (23 nov. 1892, B. 5. 23). Comme directive, on prend la conduite d'un homme prudent qui, pour agir en société sans engager sa responsabilité, doit prendre toutes les précautions raisonnables pour ne nuire à personne. En règle générale, celui qui injustement porte atteinte à la sécurité, à la réputation ou aux biens d'autrui doit en répondre et fournir une réparation. C'est ainsi que la jutisprudence égyptienne condamne

⁽I) Dans les références faites aux recueils de la jurisprudence égyptienne, nous avons employé les abréviations suivantes

B. = Bulletin de Législation et de Jurisprudence Mixte;

G. = Gazette des Tribunaux Mixtes:

R. O. = Bulletin officiel des Tribunaux Indigénes.

l'agression par voies de fait, l'imputation diffamatoire, l'atteinte à la propriété, la concurrence déloyale, la séduction amenée par des manceuvres dolosives ou par une contrainte morale, la rupture d'une promesse de mariage, la communication d'une maladie contagieuse, etc., etc.. En ce qui concerne la faute des professionnels (ex. médecins et avocats), la jurisprudence dans le but de ne pas trop s'ingérer dans l'apprécation des méthodes scientifiques, et pour laisser aux hommes de science une certainr liberté d'action, ne déclare en général leur responsabilité engagée que par une faute lourde résultant par exemple d'une ignorance ou d'une négligence indiscutable (pour les médecins : 29 février 1912, B. 24.166; pour les avocats : 10 février 1927, B. 39.235). Les tribunaux en Egypte rattachent la théorie de l'abus du droit à l'idée de faute; ils exigent en principe l'intention de nuire ou une erreur grossière dans l'exercice d'un droit, ils retiennent des abus en matière de propriété (12 nov. 1929, B. 42.25), dans les rapports entre patrons et employés (19 nov. 1929, B. 42.41), en matière de recours à la justice (13 déc. 1923, B. 36.84), dans la demande en déclaration de faillite (Trib. Comm. Alexandrie 25 juin 1923, G. XV, 159,263), dans la défense simplement dilatoire (26 nov. 1924, B. 36.436), etc., etc. Pour commetre une faute, on doit être capable de discernement (art. 212. C. C. Mixte; 24 mai 1922, B. 34.436), mais la capacité contractuelle n'est pas nécessaire (6 avril 1882, Borelli art, 213.11). Les personnes juridiques, publiques et privées, peuvent être teneues d'une responsabilité délictuelle; cette responsabilité n'est pas directe, elle découle de leur qualité comme commettants (1er fév. 1921, G.XI.92.127). La responsabilité peut être exclue par une cause étrangère, justifiée par des circonstances pariculières, ou prévue par des clauses d'exonération. Les causes étrangères qui excluent la faute sont: 1) le cas fortuit et la force majeure, deux termes employés indifféremment par la jurisprudence (8 février 1911, B. 23. 159); 2°) la faute de la victime (18 avril 1927, B.29. 378), ou son consentement (22 juin 1898, B. 10. 328); en cas de faute commune. les tribunaux réduisent le chiffre des dommagesinétêts (Cour Ind. 31 dés. 1912, R. O. 14. 35. 65); 3°) la faute d'un tiers : il y a là une cause d'exonération que l'on rapproche du cas fortuit (Cour Ind. 20 mars 1907, Houkouk 22 p. 275). Comme circonatances justificatives de faute, nous citons l'état de légitime défense, l'état de nécessité et la contrainte morale. Quant aux clauses d'exonétation de responsabilité, la jurisprudence égyptienne semble être en divergence avec la jurisprudence française : elle ne permet pas de s'exonérer même de sa responsabilité d'une faute légère (30 dés. 1908, B. 21. 93; 6 mai 1926, B. 38396). Pour le transport gratuit la jurisprudence change d'attitude : elle ne se contente pas

de valider une clause expresse d'exonération; elle présume même que le bénéficiaire d'un transport gratuit a accepté les risques prévisibles provenant d'une faute légère du transporteur; celui-ci ne serait donc responsable que de sa faute lourde (13 nov. 1930, B. 43. 22). on peut, au moyen d'un contrat d'assurance, se garantir contre la responsablitié de ses fautes légères, prouvées ou présumées; par contre on ne peut pas s'assurer contre son dol ou sa faute lourde, à moins que ce ne soit pas son fait personnel, mais celui d'une personne dont on est responsable (arg. Trib. Civ. Caire 23 mai 1929, G. XX. 189. 176). Aucun privilège ou action directe n'existe en droit égyptien, au profit de la victime, à l'égard de l'indemnité d'assurance.

L'existence d'un préjudice à réparer est la deuxième condition de la responsabilité délictuelle. Le dommage doit être actuel, mais en cas d'éventualités incertaines qui pourraient aggraver le préjudice actuel, le tribunal aurait la faculté de réserver tout droit à un supplément d'indemnité (19 avr., 1899, B. XI, 188). Aprés quelques hésitations, la jurisprudence égyptienne a admis, le principe de la réparation du préjudice moral (Cour Ind. 8 déc. 1908, B. O. X. 89), mais la tendance est plutôt vers une allocation modérée d'indemnité (21 mars 1906, B. 18 160); pour la réparation du dommage moral collectif, étant donné que le régime des syndicats et des associations n'est pas encore législativement organisé en Egypte, la question ne paraît pas avoir occupé les tribunnaux. Les héritiers de la victime peuvent demander une réparation en droit propre en raison du préjudice, matériel ou moral, personnellment éprouvé par eux (11 fév. 1914, B. 26. 218; 29 nov. 1923, B. 36. 58); dans ce cas la loi successorale est sans application (24 mai 1905, B. 17. 296). En outre, les héritiers recueillent, en cette qualité dans le patrimoine de la victime, son droit à la réparation: dans ce cas chaque héritier obtient sa part héréditaire (1° déc. 1915, B. 28. 27). Le montant de l'indeminté que la victime pourrait obtenir est apprécié souverainement par le juge, en raison du dommage subi. La réparation consiste, en général, en une somme d'argent soit en capital soit en rente (5 juin 1612, B. 24.388), mais rien n'empêche que ce soit une réparation en nature. Entre les coauteurs d'une même faute, il y a solidarité établie par un texte (art. 150/211) (2); cette solidarité existe, bien que le jugement ne la pronoce pas formellement (13 Avr. 1904, B. 16.189). Si la victime d'un fait dommageable était assurée, elle pourrait exercer son recours à la fois contre l'assureur et contre l'auteur du dommage, mais elle

⁽²⁾ Dans les références aux articles des Codes, le 1^{et} chiffre désigne l'article du Code Indigène et le 2nd, celui du Code Mixte.

⁽م_ ۳۲ مقالات د . السنهوري جـ۱)

ne peut encaisser une double indemnité; son droit serait épuisé par l'exécuion contre l'un d'eux, et sous réserve pour l'assureur qui a payé son recours contre l'auteur du dommage (29 avril 1924, journal des Trib. Mixtes 1925, p. 382).

Il faut, comme troisième et dernièe condition de la responsabilité délictuelle, qu'il y ait un lien de causalité entre la faute invoquée et le dommage subi (11 déc. 1912, B. 25.58). Le dom mage doit être la conséquence directe de la faute; le juge n'accorde aucune réparation pour le dommage indirect (Cour Ind. 22 oct. 1924, Charaî 2.31.47). Lorsqu'un accident se produit à la suite de deux faits successifs, si le secondi est la conséquence du premier, celui-ci est le fait générateur et la responsabilité doit atteindre son auteur (13 avril 1910, B. 22.260). Tout dommage direct doit être réparé, prévu on imprévu, sans distinction entre le délit et le quasi-délit; mais en pratique, les tribunaux appliquent le principe d'équilibre entre le degré de culpabilité et la réparation dûe (9 avr. 1903, B. 15.238).

DEUXIEME PARTIE RESPONSABILTE A BASE DE FAUTE PRESUMEE

1. Responsabilité du fait d'autrui.

A. Responsabilité du fait des personnes que l'on a sous sa garde.

On est responsable, d'après les articles 151 (al. 2) /213 « Si le dommage causé à un tiers provient de négligence, d'imprudence ou de défaut de surveillance des personnes que l'on a sous sa garde».

Malgré l'obscurité de ce texte, il semble que le législateur égyptien a envisagé deux hypothèses distinctes, qu'il convient de séparer : 1°) La responsabilité à raison de la négligence ou de l'imprudence (art. 1383 C.C. Fr.);2°) la responsabilité à raison de défaut de surveillance des personnes que l'on sous sa garde (art. 1384 C.C. Fr.). C'est cette dernière hypothèse qui nous intéresse ici (v. dans le mème sens De llults n° 4 ot s.; zohni n° 723 et s.; Bestawros p. 445 note 2).

Cela revient à dire que le législateur a posé le principe de la responsabilité des faits des personnes que l'on a sous sa garde, mais (d'ou une innovation à constater) sans toutefois limiter la liste de ces personnes comme avait fait le législateur français.

Cela a permis à la jurisprudence et à la doctrine d'appliquer ce texte non pas seulement dans les cas spéciaux envisagés par le Code Civil français (enfant, élève, apprenti), mais auussi à tous les autres cas où une personne est mise sous la garde d'une autre. C'est ainsi que le tuteur est responsable des fautes de son pupille, les grands parents de celles de leurs petits; on est même allé jusqu'à rendre le mari responsable des fautes de sa femme. (24 déc. 1925, B. 38.137; 18 nov. 1926, B. 19.21; De Hults n° 86; Zohní n° 831).

L'idée de garde est conçue comme une question de fait; le lien de parenté ne suffit pas à lui seul, si le père n'a pas la garde effective de son enfant: e'est ainsi qu'il n'est pas responsable d'un accident commis par sno fils, mème mineur, dans l'exercice de son mètier de chauffeur, celui-ci n'étant pas sons sa garde (Trib. Somm. de port-Said 15 juin 1929, G. XX, 191. 177).

La responsabilité en question a pour base une faute présumée : le défaut de surveillance; mais la présomption est réfraga ble (De Hults, n°90 et 94; Zohni, n°834).

Cependant un arrêt récent de la Cour Mixte a décidé que le droit égyptien n'établit aucune présomption légale dans cette matière, de sorte qu'îl incombe à celui qui prétend à une indemnte d'établir le défaut de durevellance qui est le seul fondement de la responsabilité (8 mail 1930, B. 42.986). A l'appui de cette thèse, on pourrait soutenir que contrairement au texte du Code Français (art. 1384 al. 5) le texte des Codes Egyptiens ne permettrait de déduire aucune présomption légale, pourtant, il semble hardi de soutenir que le législateur égyptien a voulu se départir de son modèle, le Code Français sur un point aussi important, sans s'exprimer d'une feçon plus nette.

B. - Responsabilite des commettants à raison des faits de préposés.

Le droit égyptien rend une autre catégorie de personnes responsables du fait d'autui. Art. 152/214. « Le maître est responsable du dommage causé par ses serviteurs, quand ce dommage a été causé par eux en exerçant leurs fonctions ».

Bien que le législateur égyptien n'ait pas envisagé expressément le cas du commettant, la doctrine et la jurisprudence en Egypte ont compris le mot maître dans un sens très large d'autant plus que les mots «serviteurs» et « fonctions » s'adapent si peu à la notion restreinte de maître (20 déc. 1923, B. 36. 104; de Hults n°100; Zohni, n°839).

Ces articles étant reproduits de l'article 1384 C.C. Fr., la jurisprudence invoque la faute consistant dans le défaut de surveillance et le mauvais choix comme fondement de cette responsabilité; celle-ci est d'ailleurs retenue, sans qu'il y ait besoin d'administrer la preuve de la faute du commettant; sa faute est présunée (3 mai 1917, B. 29. 404; 8 mai 1930, B. 24.486). On a éu recours parfois, mais d'une façon accessoire à l'idée de

risque pour expliquer cette responsabilité (C.M. 16 Mars 1922, B. 34, 290; 7 mai 1925, B. 37,415), mais on se tient généralement à l'idée de faute présunée.

Cette présomption de faute semble irréfragable, bien que les Codes égyptiens soient muets à cet égard. Cette solution se dégage de l'ensemble des décisions de justice qui se sont toujours préoccupées de savoir uniquement s'il y a faute de la part du préposé (Bestawros art. 214 n° 8). La question a été d'ailleurs tranchée nettement dans ce sens par un arrêt récent de la Cour indigêne de Cassation (27 mars 1930, B.O. 31,67).

D'oû la constatation que les articles 152/214 enoncent un cas de responsabilité du fait d'autrui proprement dit.

Trois conditions sont exigées pour appliquer les art. 152/214 :

- 1°) Qu'il y ait une faute de la part du préposé;
- 2°) Qu'il existe un lien de préposition entre le préposé et le commettant;
- 3°) Que la faute du préposé soit commise dans l'exercice de ses fonctions.

On s'est servi du fondement de cette responsabilité pour fixer le critérium par lequel on constate le lien de préposition. C'est toujours le fait d'avoir choisi librement le préposé et d'exercer sur lui une certatine autorité le mettant sous les ordres et la surveillance du maître, qui. crée ce line. Le choix libre se précise par le droit de révocation (Cass. Ind. 27 mars 1930, B.O. 31.67); l'autorité se caractérise par l'état de subordination physique dans lequel se trouve le préposé. La jurisprudence, qui a recours à l'idée de risque pour expliquer cette responsabilité, tient en considération la dépendance éconmique pour dégager le lien de préposition : « est prépose l'enterpreneur qui ne peut vivre de ses propres moyens sans le concours du maître auquel il est attaché »; mais ce point de vuene paraît pas prévaloir.

l'état de subordination étant une situauion de fait, on en conclut que le caractère du contrat qui le crée est indifférent Ce peut être un contrat de louage de service.

c'est par exemple, le patorn qui est responsable d'un accident dû à la négligence de son cocher (8 juin, 1910, B. 22.360), c'ect le propriétaire qui répond de la faute du portier choisi et surveillé par lui, bien que rétribué par les locataires (4 févr. 1897, B. 9.149; 21 nov. 1929, B. 42.99), c'est l'Etat qui est poursuivi pour les actes illicites de ses employés dans l'exercice de leurs fonctions (C. Ind. 13 déc. 1912, B.O. 14.36;66; Cass. Ind. 27

mars 1930, B.O. 31, 67; C.M. mai 1906, B. 18.298; 28 févr. 1917, B. 29,258).

Mais ce peut être un contrat d'entreprise. Ce contrat se noue souvent entre des personnes réciproquement indépendantes, et par conséquent ne crée pas le lien de préposition (10 mai 1911, B. 23. 306), mais il se peut que ce lien se dégage exceptionnellement de ce contrat si le maître s'est réservé un droit de direction et de surveillance sur l'exécution des travaux confiés à l'entrepreneur (17 janvier 1929, B. 11 182). Mais la clause de surveillance générale réservée au profit du maître, aux fins de contrôler la loyale exécution des engagements de l'entrepreneur, ne confère pas à celui-là la qualité de commettant (3 janvier 1929, B. 41. 152).

On admet également que le contrat de mandat peut créer cette situation (4 février 1930, B. 42.249; 6 mai 1926, B. 38.393), une société répond des délits de son gérant dans la gestion des affaires sociales (30 juin 1923, B. 35. 189). La situation de subordinatuon peut aussi se trouver même en dehors de tout contrat.

On n'a pas mis en relief le cas du préposé technique (médecin, pharmacien, mécanicien). Pourtant on s'est gardé d'attacher la qualité de préposé aux médecins (15 févr. 1911, B. 23. 183), en se fondant, à cette considération que le maître n'intervient et ne peut intervenir dans la façon de soigner les, malades. Mais on a, par ailleurs, exigé la responsabilité du propriétaire à raison des fautes de son pharmacien, en se fondant sur le défaut de surveillance présumé; le fait que ce défaut de surveillance provient de l'incapacité technique a été jugé sans effet (16 mars 1927, B. 34,240).

On s'est servi également du critérium de subordination pour attribuer la qualité de maître ou commettant dans les cas où le préposé a été prêté à un tiers susceptible de devenir son commettant. On essaie de déduire des éléments de fait si ce prét a conféré au nouveau maître l'autorité sur le preposé (18 nov. 1926, B. 39. 21), ou si celui-ci reste bel et bien pendant l'exercice du travail qu'il effectue pour le tiers, sous l'autorité du maître originaire (19 mars 1913, B. 25.239).

La jurisprudence entend la notion de fonction d'une taçon exteunsive. Tout d'abord on ne tien pas à la notion précise de l'exercice des fonctions. Il suffil que l'acte dommageable se produise à l'occasion des services auxquels le préposé est employé (2 mai 1906, B. 18.231; 20 ost. 1923, B. 36.104). Bien plus, la rasponsabilité du commettant est établie non seulement lorsque le préposé exerce ses fonctions habituelles, mais même lorsque ce dernier, bien que sortant de ses attributions normales, agit pour le compte de son commettant et dans son intérêt. La responsabilité est égalment retenue lorsque le préposé a agi à l'insu ou même à l'encontre des ordres du commettant; celu-ci ayant dans ce cas, à se reprocher d'avoir donné sa confiance à une personne imprudente et de n'avoir pas exercé sur elle une surveillance suffisante (20 mai 1903, B. 15.307: 20 déc. 1923, B. 36.104; Trib. Ind. Beni-Souef 31 janv. 1921, B.O. 23.55. 87). Mais la responsabilité cesse lorsque les tiers ont su, ou dû savoir, que le préposé n'agissait pas dans l'exercice de ses fonctions (5 janvier 1916, B. 28. 91; Trib. Comm. Caire 28 mars 1930, G. XX.200. 192).

L'idée semble donc être celle-ci: même en dépassant ses attrributions, le préposé engage la responsabilité de son maître, lorsque sa situation comme préposé lui facilite l'acte dommageable. Toutefois la connaissance par le tiers lésé de l'excés commis par le préposé rejette le fait dommageable en dehors des fonctions.

Comme conclusion, on peut constater que jurisprudence égyptienne, à l'instar de la jurisprudence française tend à élargir la responsabilité du commettant, en faisant appel à l'idée de risque et en ayant recours à la dépendance économique, et ensuite par une interprétation également extensive de la notion de fonction, en y comprenant des actes qui n'entrent pas dans le cadre normal de l'exercice de la fonction.

L'action récusoire que pourrait exercer le commettant contre son préposé fautif dans le cas où le dommage est dû exclusivement à la faute de celui-ci, ou bien dans le cas où il est dû à une faute commune du préposé et du commettant, n'a pas été soulevée en jurisprudence. Mais on peut affirmer que l'admission de cette action n'est pas douteuse, étant donné l'idée de faute sur laquelle cette responsabilité est fondée. L'action est d'ailleurs admise par la doctrine (Zohni p. 123).

Il va sans dire que l'action que le tiers pourrait éxercer contre le commettant n'exclut pas la responsabilité du préposé, celui-ci étant solidairement responsable avec son commettant.

Il est à remarquer que la responsabilité du commettant n'est pas écartée, lorsque la victime de la faute du préoposéest également un préposé du même maitre (comparer la notion de «Common employement» en droit anglais).

II. Recoponsabilité du fait des choses.

A. - Responsabilité du fait des animaux:

D'aprés les articles 153/215, le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, est également responsable du dommage causé par l'animal qu'il a sous sa garde ou qu'il a laissé échapper.

Cette responsabilité a pour base une faute présumée : défaut de survillance. Elle ne comporte aucune limitation, en dehors de l'excuse tirée de la force majeure ou d'une faute de la victime (27 nov. 1902), B. 15. 18; C. Ind. 30 oct. 1923, B.O. 25. 95) Elle pése sur la personne qui a la garde de l'animal (26 janv. 1921, B. 33. 154); si le gardien est lui-même le préposé d'un commettant, celui-ci devient responsable en vertu des articles 152/214 (27 mars 1907, B. 19, 187).

La responsabilité du gardien est engagée bien que le dommage ne soit pas occasionné par l'animal de son propre mouvement; cependant un arrêt dans le sens contraire établit que si l'animal était conduit ou monté par un homme, c'est le fail de l'homme qui est cause du dommage, et sa responsabilité n'est engagée que si on prouve une faute à sa charge (3 janv. 1906, B. 18.83).

B. - Responsabilité du fait des batiments :

En Egypte, dans l'absence de tout texte visant cette responsabilité, la jurisprudence a appliqué le droit commun. Elle décide bien qu'en général le propriétaire est responsable du préjudice causé par le mauvais état de son immeuble résultant soit d'un vice de construction, soit d'un défaut d'entretien (8 févr. 1911, B. 23. 160), mais, à la différence du droit fançais quiétablit une présomption de faute, c'est en vertu d'une faute prouvée à sa charge (17 mars 1927, B. 39.334). De cette première différence découle une seconde : du moment qu'il faut prouver une faute à l'encontre de la personne responsable, celleci ne peut être que le gardien de l'inmeuble, propriétairc ou non; c'est ainsi que pendant la construction d'un immeuble dont la garde est confiée à un architecte, c'est celui-ci qui est responsable (5 janv. 1928, B. 40. 122); il a été également décidé qu'en cas d'écroulement d'un immeuble appartenant à des mineurs, seul, le tuteur en fonctions peut être recherché en responsabilité (6 févr. 1930, B. 42.258); le possesseur de bonne ou de mauvaise foi se conduisant en propriétaire est également est également est également est également est également est également de bonne ou de mauvaise foi se conduisant en propriétaire est également de

responsable (C. Ind. 17 févr. 1915, Charale 2.200 184; 17 déc. 1925, B. 38. 112; voir cependant deux décisions : 25 janv. 1910, B, 22. 108; Trib. Civ. Caire 12 avril 1915, G., V. 121. 301, où le propriétaire, et non pas le gardien, est en responsabilité).

Nous verrons, plus loin, qu'en fait la jurisprudence égyptienne, en dépit de ces différences plutôt théoriques, arrive à peu près aux mêmes résultats que la jurisprudence française.

Notons, en terminant, qu'en droit égyptien, contrairement au droit français. la responsabilité du bailleur d'un immeuble pour un dommage causé au locataire, et provenant d'un vice de l'immeuble loué, est une responsabilité délictuelle; c'est au locataire qu'incombe la charge de preuve (17 avr. 1902. B. 14.252).

C. - Responsabilité du fait des choses inanimées :

En Egypte, où l'industrie est encore naissante et le système d'assurance peu développé le problème n'a pas rencontré des éléments favorables à l'élaboration des théories récentes qu'on trouve en France, surtout en l'absence de tout texte correspondant à l'art. 1384 al. I in fine C.C. Fr. La jurisprudence égyptienne pose comme principe qu'il ne peut être question d'admettre soit une responsabilité objective du gardien de la chose, soit une présomption légale à son encontre renversant la charge de la preuve (8 mai 1930, B. 42.486). C'est la négation formelle de la doctrine objective de risque, aussi bien que de la théorie subjective de faute présumée, et l'appication pure et simple du droit commun.

Ce principe est appliqué constamment par les tribunaux en Egypte. C'est ainsi qu'en cas d'accident d'automobiles, la victime doit rapporter la preuve de la faute (1e mars 1911, B. 23.202; 27 mars 1930, G. XX 188.175, etc. ctc.). En matière d'accidents du travail, la jurisprudence exige églement la preuve d'une faute à la charge du patron (24 jany. 1923, B. 35.181); s'il n'y a point de faute prouvée, ily a un risque professionnel dont le patron ne répond pas (C. Ind. 15 févr. 1927, B.O. 28.58); ily a même certaines industries dangereuses qui comportent des risques particuliers connus d'avance et acceptés par les ouvriers (C. Ind. 2 déc. 1913, B.O. 16.23.49; 19 mai 1928, B. 40.371). En matière de transport des personnes, la jurisprudence garde la même attitude; c'est ainsi que lorsqu'une compagnie de chemins de fer est assignée comme responsable d'un accident, c'est à la partie demaneresse seule qu'il incombe d'établir la faute qu'elle allègue à son encontre (3 janv. 1906, B. 18.82).

Quuelques décisions ont fait brèche au principe indiqué, en admettant l'idée d'une faute présumée (16 juin 1897, B. 9.388; 14 juin 1899, B. 11.280; 5 janv. 1928, B. 40.122; févr. 1928, B. 40.176; C. Ind.du Caire 10 avril 1927, B.O. 28.59), quelquefois sur la bose d'une responsabilité contractuelle (Trib. Som. Labban 21 févr. 1924, B.O. 26.93/1), ou bien par analogie à la responsabilité du fait des animaux (C. Ind Assiout 11 déc. 1928, B.O. 29. 130); mais ces décisions, bien que de plus en plus nombreuses dans ce dernier temps, n'ont pas encore fait jurisprudence.

En théorie, par conséquent, la jurisprudence égyptienne est encore fidèle à son principe qu'il n'y a point de faute présumée en cas de responresponsabilité du fait des choses. Mais, en pratique la rigueur de ce système est atténuée, en matière d'immeubles (ex. batiments), comme en matière de meubles, par deux palliatifs. D'une part, la jurisprudence se montre exigeante quant au devoir de surveillance qui incombe au gardien de la chose; le proprétaire d'un immeuble est tenu de prendre soit personnellement, soit par ses représentants (ex. un locataire, ou un gérant), des précautions pour que son immeuble ne devienne pas un danger pour les passants (28 janv. 1926, B. 38.210); le patron doit également veiller à sécurité de l'ouvrier et prévoir les causes non seulement habituelles, mais encore possibles d'accidents; il est ainsi responsable du vice ou défaut d'entretien du matériel (11 juin 1913, B. 25.450), d'un accident par suite d'un coup de foudre qui eut été évité si la cheminee avait éte munie d'un paratonnerre (1er mai 1902, B. 14.278). D'autre part, la présomption de droit du système français est remplacée par des présomptions de fait, que la jurisprudence égyptienne est prompte à recueillir, lorsque les circonstances ayant causé l'accident sont de nature à faire par elles-mêmes supposer la faute (5 janvier 1928, B. 40.122; 14 novembre 1929, B. 4-34). Enfin, il convient de faire remarquer que la jurisprudence égyptienne est déià entrée dans la même phase de tâtonnements que celle rencontrée par la jurisrudence française lorsqu'elle cherchait à trouver un sondement à la faute présumée dans l'idée de la responsabilité contractuelle (voir Trib. som. Labban 21 févr. 1924, précité), ou dans une interprétation extensive de la responsabilité du fait des animaux (voir C. Ind. Assiout 11 déc. 1928, précité).

TROISIEME PARTIE RESPONSABILTE SANS FAUTE (Théorie du Risque)

En France, la théorie gagne chaque jour du terrain dans la doctrine. La jurisprudence ne l'a pas encore favorablement accueillie. Quant à la législation le mouvement a commencé par la loi du 9 avril 1898 qui a consacré l'idée du risque professionnel, à côté duquel le risque de navigation aérienne et le risque social ont été reconnus par diverses législations.

En Egypte aucune de ces formes n'a trouvé une consécration législative. L'ouvrier vit encore sous l'empire du droit commun, et doit rapporter la preuve d'une faute à la charge du patron. On prépare actuellement un code de travail, mais il n'est pas encore promulgué. La jurisprudence, en général, n'a pas adhéré à la théoric du risque, « qui n'a été introduite dans les législations étrangères qu'a la suite des lois spéciales comportant une série de restrictions et de garanties » (17 mai 1916, B. 28.334; 8 mai 1930, B. 42.486; C. Ind. Caire 15 févr. 1927, B.O. 28.58).

Il faut pourtant noter que quelques décisions audacieuses, dans la jurisprudence indigène aussi bien que dans la jurisprudence mixte, ont tenté d'introduire la nouon du risque comme base de responsabilité en Egypte. La Cour d'Appel Indigene du Caire a établi, tout récemment, qu'étant donné le risque inhérent aux moyens de locomotion modernes, celui qui s'en sert doit être tenu pour responsable du dommage qu'il pourrait causer (10 avril 1927, B.O. 28.59). Deux jugements du tribunal civil mixte du Caire (14 juin 1927, G. XVIII, 233,295; 17 juin 1929, G.XX.195.188) décident qu'il n'est pas nécessaire, en matière d'accident de travail, qu'il y ait faute de la part du patron; il suffit que l'accident soit survenu à l'ouvrier pendant l'accomplissement de ses fonctions, la théorie du risque professionnel admise par les lois de tous les pays civilisés pouvant être appliquée en Egypte sur la base l'art. I 1 (équité et droit naturel). Dans deux arrêts précités en matière de responsabilité des commettants (12 mars 1922; 7 mai 1925), la Cour Mixte a trouvé le fondement de cette responsabilité accessoirement dans une idée de risque Enfin l'arrêt du 17 déc. 1925, (B. 38.122) déclare que celui qui a les avantages de la propriété doit, même s'il n'est pas légalement propriétaire, en supporter aussi les charges et les risques. Ces décisions, isolées et pouvant s'expliquer par la notion classique de faute, ne se sont servies de l'idée du risque qu'a titre accessoire. Elles ne sont pas de nature à faire pénétrer la nouvelle théorie dans la jurisprudence égyptienne.

CONCLUSION.

De cette étude sommaire se dégagent les conclusions suivantes :

- 1°) La jurisrudence égyptienne, à l'exemple de la jurisprudence française, n'admet pas la théorie du risque; elle reste dans le cadre traditionnel de la faute.
- 2°) Avec la jurisprudence française, elle pose comme principe la nécessité de la preuve d'une faute à la charge de l'auteur du fait dommageable.
- 3°) Exceptionnellement, elle adment la faute présumée d'une façon irréfragable dans le cas de responsabilité du fait des préposés et du fait des animaux.
- 4) Contrairemnt au système français, la responsabilité du fait des choses inanimées, meubles ou immeubles, a pour base, dans la jurisprudence égyptienne, une faute prouvée. Cependant cette différence est largement atténuée en pratique par la rigueur d'un devoir impérieux de surveillance incombant au gardien de la chose, et par le remplacement de la présomption de droit par des présomptions de fait. En outre des tentatives ont été déja faites par quelques tribunaux pour introduire la présomption légale, et même la notion du risque.
- Il est donc à prévoir qu'avec le développement de l'industrie en Egypte le progrès de l'organisation du système d'assurance, le législateur aussi bien que la jurisprusence, dans ce pays, se touveront amenés à admettre comme principe la faute présumée, voire mème à sortir complètement du cadre de la faute, et à faire appel à l'idée du risque, du moins en ce qui concerne la grande industrie.

Abdel Razzak A. El Sanboury Professeur de Droit Civil à la Faculté de Droit de l'Université Egyptienne. M.H. Bahgat Badaoul
Chargé de Cours de Droit Civil
à la Faculté de droit
de l'Université Egyptienne.

L'UNIVERSITE EGYPTIENNE

au Congrès International de Droit Comparé de la Haye

par le PROFESSEUR EL-SANHOURY

(avec un extrait du compte rendu des délibérations de la Section générale du Gongrès par prof. Ed. LAMBERT)

Au début du mois d'août dernier, le monde juridique a vu se réunir à La Haye un grand congrès international de droit comparé avec l'éclat et l'ampleur que mérite un congrès au sein duquel se trouvaient représentés cinquante cinq nations, dont trois-cent cinquante délégués assistaient à cette manifestation mondiale de coopération juidique internationale.

L'évènement est d'autant plus solennel qu'on a du attendre plus de trente ans depuis le premier congrès de droit comparé, tenu à Pairs en 1900. A cette époque on n'était d'accord ni sur l'obiet ni sur le but de cette science juridique naissante. La conception même du droit comparé, son rôle, sa méthode et son champ d'investigation étaient choses peu précises. Le congrè de 1900, dÛ à l'initiative du grand et regretté maître. Raymond Saleilles, a pu arriver, dans ce domaine, à quelque précision⁽¹⁾. Déjà la forte personnalité de notre éminent maître, le professeur Edouard Lambert, s'est fait sentir dans ce premier congrès. En face de la conception présentée par Saleilles de «droit commun de l'humanité civilisée», M. Lambert a opposé sa conception de «droit commun législatif», thèse qu'il a reprise, développée et mise en oeuvre dans son travail magistral «La Fonction du Droit Civil Comparé» (2). M. Lambert est un des rares juristes qui ont eu le privilège d'assister aux deux congrès de droit comparé, séparés par une durée de trente ans, et de marquer ces deux réunions internationales de sa forte et géniale empreinte; il est, en quelque sorte, le parrain d'une science qu'il a vu naître, et qu'il voit aujourd'hui arriver à la première phase de sa mturité scientifique.

⁽¹⁾Voir les procés-verbaux des séances et les documents du Congrés, Paris, Pichon et Durand-Anzias, 1905. Voir aussi l'excellente étude de M. Henri Capitant sur la conception, méthode et fonction du droit comparé d'après R. Saleilles dans «L'OEuvre Juridique de R. Saleilles» Paris, 1914.

⁽²⁾ Voir aussi son rapport au congrès de 1900: Procès-verbaux et documents pp. 26-60; son article «Une réforme nécessaire des études de droit civil»: Revue internationale de PEnseignement, 1900.

Depuis le congrès de 1900, le droit compaé a gagné en précision. Les travaux d'ensenble ou sur des sujets particuliers se sont multipliés; les perspectives ouvertes se sont élargies. Elles se sont élargies, comme l'a bien fait remarquer M. Lambert dans un rapport auquel nous aurons l'occasion de revnir, sous l'action d'un triple courant d'idées: l'éveil de l'esprit international, la socialisation du droit et la création d'un corps de droit corporatif d'une humeur internationale bien marquée.

Le moment était donc propice à la réunion d'un congrès de droit comparé, qui mesurerait le chemin parcouru, préparerait le travail collectif des juristes des différents pays, dans cette atmosphère nouvelle de mentalité internationale sortie de la guerre. Et ce fut la part de l'Académie Internationaie de Droit Compare, fondée à Génève en 1924, puis transférée à La Have, de se charger de la convocation de ce congrès mondial. M. Balogh, le secrétaire général, a saisi l'académie d'un projet de convocation du congrès à La Haye. Ce fut l'objet des délibératons de l'académie à sa session de 1929. C'est alors que M. Lambert a lancé son appel au monde juridique, sous la forme d'un rapport fait à la séance d'inauguration de la session de 1929 de l'Académie Internationale de Droit Comparé, rapport auquel nous avons déjà fait allusion, et dont la distrbution a grandement servi de propagande pour le congrès. L'Académie, en abressant à tous les corps scientifiques intéressés, y compris notre Faculté de Droit, y joignit un questionnaire leur demandant leurs avis sur la réalisabilité du congrès, et au cas de réponse affirmative, sur les dates et lieu à choisir pour sa réunion. Ces attentifs sondages, et le dépouillement des réponses à cette consultation ont permis à l'Académie de décider, en pleine connaissance de cause, qu'il y avait lieu de réunir le congrès à La Haye en 1932, en laissant le soin d'assurer la réalisation à son bureau. On a conçu l'organisation de la réunion du congrès sur un plan vaste et étendu; il suffit pour s'en convaincre de se référer à ce que M. Lambert a écrit dans son rapport à ce sujet. «Pour qu'un congrès de droit comparé, dit-il, puisse amorcer le travil..., il faudra qu'il soit réellement international, c'est-a-dire qu'il attire des congressistes américains, et aussi des congressistes asiatiques, en même temps que des congressistes européens; que la collaboration des juristes des deux groupes de pays européens ex-bélligérents y soit assurée dans un esprit d'équilibre et d'égalité; et qu'un appel insistant en vue de l'envoi de délégués, ou d'observateurs, soit adressé aux associations professionnelles, aux sociétés savantes et aux organinsmes administratifs universitaires ou corporatifs qui, dans les diverses régions de la communauté internationale, ont marqué intérêt ou curidsité à l'égard du droit comparé». Programme d'organisation, scrupuleusement exécuté, grâce à l'énérgie du Secrétaire Général de l'Académie, le professeur Elémer Balogh. Dès la fin de 1930, M. Balogh a provoqué la constitution dans un grand nombre de pays des comités natiomaux; il a pu rassembler plusieurs rapports venus des différents pays pour préparer la discussion des questions inscrites à l'ordre du jour du congrès, après avoir réuni comité de juristes qui a procéde à la répartition du travail entre les sections et l'établissement de l'ordre du jour de chacune d'elles. Aussi l'Académie Internationale de Droit Comparé lui-a-t-elle manifesté sa reconnaissance en le nommant Secrétaire Perpétuel.

* * *

J'ai été personnellement tenu au courant de ces projets, d'abord par mon cher maître, le professeur Ed. Lambert, puis par le Secrétaire Général de l'Académie, le professeur Balogh, Une invitation officielle pour participer au congrès ne tarda pas à venir à l'Université Egyptienne, invitation qui a été favorablement accueillie par notre conseil de faculté et par le conseil de l'université. C'est alors que notre Faculté a constitué un comité égyptien pour le congrès, composé d'un certain nombre de professeurs dont voici les noms: Cheikh Ahmed Ibrahim, Mohammed Saleh, Alv Badaoui, Mohammed Abdel Moneim Riad, El-Kolali, El-Rifaf, Bahgat Badaoui, Hamed Zaki, Zaki Abd El-Motaal et El-Sanhoury. Le travail entrepris par ce comité national, étant donné le peu de temps qui lui fut accordé, était considérable. Six rapports spéciaux ont été écrits sur les sujets suivants; 1). Relations historiques et ethnologiques des religions et du droit (Cheikh Ahmed Ibrahim et Aly Badaoui); 2). Principes généraux de la responsabilité délictuelle dans les différents systèmes juridiques (Bahgat Badaoui et Sanhoury); 3). Formation et inexécution des contrats en général (Hamed Zaki); 4). L'ouverture de crédit (Saleh et Rifai); 5). l'application de la loi pénale d'un Etat aux infractions commises par des étragers hors de son terrotoire (Kolali); 6). Nationalité des sociétes de commerce (Riad).

Une délégation égyptienne, composée des professeurs White Ibrahim, Ali Badaoui, Mohammed Abdel Moneim Riad, Wadi Farag et El-Sanhoury, fut envoyée à La Haye pour participer aux travaux du Congrés. Cette participation a donné des résultats heureux. Elle était efficace dans toutes les bramches d'activité du Congrès, aussi bien dans le bureau que dans les diverses sections. Au bureau, j'ai eu l'honneur d'être nommé comme membre du Secrétariat Généal, place qui fut accordée plutôt à mon université qu'a ma personne. Dans les diverses sections du Congrès mes collègues et moi avons participé aux travaux, aux discussions des rapports et aux voeux émis. Plusieurs interventions ont été enregistrées au compte de la délégation égyptienne. Mais c'est surtout dans la Section Générale que la participation égyptienne a été la plus efficace. Nous avions un rapporteur

général, le professeur Badaoui, sur la quatrième question inscrite à l'ordre du jour de cette section, question relative aux relations historiques et ethonlogiques des religions et du droit. Tous les membres de la délégation ont assisté à la séance où eut lieu la discussion de ce rapport. Le président de la section, M. Lambert, en a parlé dans son compte-rendu, que je reproduirai un peu plus loin.

Mais je voudrais, ici, signaler un fait qui n'a pas passé inapercu. Notre Faculté de Droit, qui compte derrière elle un passé glorieux dû aux efforts des éminents juristes, tels que le professeur Lambert, ancien directeur de la faculté, alors Ecole Khédiviale de Droit, en 1906, le professeur Sheldon Amos, directeur en 1913, le professeur Frederick Walton, directeur en 1917, a eu la bonne fortune de trouver ces savants distingués groupés au sein du Congrès, et réunis tous par un souvenir commun de leurs efforts fructueux pour le développement et le progrès de notre établissement scientifique, efforts continués par leurs successeurs égyptiens, toujours préoccupés par le noble souci de perpétuer les traditions de ces grands maîtres. Et c'est un fait à souligner que la place tenue au Congrès par nos anciens directeurs et professeurs a été de première importance, honneur dont l'Egypte revendigue naturellement sa part. C'est ainsi que le professeur Lambert a exercé une influence prépondérante dans la préparation du Congrès et à la présidence de la première section, la plus importante entre toutes. Mr. Walton a été, à la deuxième section, l'un des rapporteurs généraux de la sixième question: principes généraux de la responsabilité délictuelle; il a signé son rapport: formerly director the Royal School of Law of Cairo. Sir Amos a pris part active aux discussions des diverses questions, et l'un de nos anciens professeurs, M. Goadby, actuellement directeur des études juridiques du gouvernement de palestine, était l'un des rapporteurs spéciaux de la cinquième section pour la question 18: état comparé des lois en ce qui concerne le mariage civil, le mariage religieux et le mariage de facto. C'est en commémoration de ce souvenir touchant qui lie ces éminents professeurs à la mémoire de l'Egypte que la délégation égyptienne a offert une réception intime, qui a réuni les quatre éminents maîtres, et deux anciens magistrats qui ont mérité la reconnaissance de l'Egypte, M. Piola Caselli et M. Caloyanni; la délégation a également invité à cette réception M. Bustamanti, le président du Congrès, M. Lévy-Ulmann, le vice-président, M. Balogh, le secrétaire général, M. Henri Capitant, docteur honoris causa de l'Université Egyptienne et le Professeur Gidel; une photographie prise de ces Grands Amis de l'Egypte, entourés par les membres de la délégation égyptienne, garde de cette réception un souvenir inoubliable. Notre Chargé d'Affaires à La Have, Mourad Kamel

Bey, a eu l'obligeance d'offrir, à la résidence de la Légation, une autre réception dns le même but. La Délégation Egyptienne a, en outre, assisté à toutes les réceptions offertes à l'ensemble des congressistes, par le Gouvernement des Pays-Bas, par l'Association néerlandaise de Droit Inernational, par la Municipalité de La Haye, par l'Université et la Municipalité de Leyde et par le Président du Congrès. Elle a également assisté à la réception offerte aux congressistes de son pays par le Ministre français à La Haye.

* * *

J'ai déjà fait remarquer que la participation égyptienne a été particulièrement acvtie à la Section Générale dont les délibérations étaient présidés par notre éminent maître, le professeur Ed. Lambert. Deux sur quatre des questions traitées dans cette première question, la première et la quatrième, ont fourni l'occasion de mettre en lumière la place qui doit légitimement revenir au droit musulman dans le mouvement général de la science du droit comparé et les tâches qui incombent à l'Université Egyptienne dans le développement de la liaison scientifique entre les vieilles terres de culture islamique et le reste du monde civilisé.

La première qusetion portait sur «les diverses sources du droit», leur équilibre et leur hiérarchie dans les divers systèmes juridiques. Des deux rapporteurs généraux, M. Roscoè Pound, doyen de la Faculté de Droit de l'Université d'Harvard, et M. Giorgio Del Vecchio, doyen de la Faculté de Droit de Rome, un seul, M. Del Vecchio, était présent et a pu lire son rapport. Dans ce travail magistral que M. Paul Matter, Procureur Général près de la Cour de Cassation de France, salua, au nom de tous tous les membres de la section, comme «un rapport qui restera dans l'histoire du droit», le doyen Del Vecchio a donné une aussi large place à l'étude des sources du droit musulman qu'à celle des sources du droit romain ou des sources du droit anglo-saxon La section s'est finalement appropriée la principale conclusion du rapport de M. Del Vecchio en émettant le voeu suivant: «La section générale émet le voeu que tout corps de droit pose des principes généraux aussi précis que possible tout en leur, laissant la souplesse nécenssaire pour permettre aux juges de les adapter aux complexités et aux transformations de la vie social».

Au cours de la discussion de cette partie du rapport Del Vecchio, le professeur Lambert a présenté les observations suivantes que nous repoduisons d'après son compte-rendu:

«Le rapporteur touche à l'une des antinomies permantes du droit: la plus franchement irréductible de toutes. C'est le conflit éternel entre deux

aspirations sociales, également légitimes, mais contradictoires: d'une part, les exigences de la sécurité des relations juridiques, qui ne pourraient être pleinement satisfaites que par l'application d'un réseau complet de règles. fixes, rigides, apportant chacune une solution uniforme, en quelque sorte mécanique, à un même problème général de droit, et, d'autre part, les nécessités d'une adaptation progressive du droit aux transformations de la vie économique, sociale et culturelle, qui ne peut être obtenue qu'en traçant au juge des «standards» et des directives assez souples poules pour lui permettre de plier le droit à la diversité des situations concrètes sur lesquelles il a à statuer, de tenir compte de la valeur et l'importance respectives des intérêts qu'il a à concilier d'établir une «balance de ces intérêts» et d'appliquer une justice équitable, parce qu'en harmonie avec les conditions économiques dans lesquells se présentent les conditions il doit statuer. L'opposition entre la règle de fer et le «standard» juridique est la forme pratique sous laquelle se présente aujourd'hui cet antagonisme perpétuel entre deux besoins sociaux dont aucun ne saurait impunément être sacrifié à l'auatre, et entre lesquels il faut se résigner à établir être sacrifié à l'autre, et entre lesquels il faut se résigner à établir un équilibre qui restera touijours quelque peu instable, parce que l'importance respective de chacun de ces besoins contradictoires varie non seulement avec les temps et les lieux, mais surtout d'une branche du droit à l'autre. Il en est, comme le droit de famille, qui ont surtout besoin de stabilité. Il en est. comme le droit industriel, comme le droit des relations économiques en général, qui ont surtout besoin de souplesse et d'adaptabilité. Des vues intéressantes sur ce mariage de raison entre la régle de droit et le «standard» juridique auraient pu nous être apportées par le doven Pound, qui a écrit sur la matière des pages remarqbles - c'est une nouvelle raison de regretter son absence - ou aussi par l'un des délégués de l'Université Egyptienne, le professeur Sanhoury - malheureusement retenu pour l'instant dans une autre section - qui prit ily a quelques années ce sujet comme théme d'une remarquable thèse de doctorat: «Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise; contribution à l'étude comparative de la régle de droit et du standard juridique».

Mais le droit musulman et l'Université Egyptienne ont sur tout été mis en relief dans la discussion de la question: les relations historiques et ethnologiques des religions et du droit. Je reproduis, dans les quelques pages qui suivent, l'extrait du compte-rendu écrit par le professeur. Ed. Lambert concernant la discussion de cette question. L'étroite intimité dans laquelle j'ai vécu avec le professeur Lambert pendant la durée du congrès, et l'appel qu'il a fait à mes souvenirs pour la reconstitution de mémoire des délibérations de la section générale, m'ont valu d'avoir communication de ce compte-rendu avant même son envoi à l'impression et d'être autorisé à en publier les extraits suivants sans attendre le publication intégrale dans la Bibliothéque de l'Institut de Droit Comparé de Lyon.

Extrait du Commpte-Rendu des Délibérations De La Section Générale Du Congrés International De Droit Comparé

Tenu à La Have Du 2 Au 6 Aout 1932

Par Le Professeur Edouard Lambert Président De La Section Generale.

SECONDE SÉANCE DU AOUT

LES RELATIONS DU DROUT ET DE REI IGION DANS LE MONDE MUSULMAN.
MODERNE ET SPÉCIALEMENT EN FGYPTE. — L'APPORT DE LA SCIANC R
JYRIDIQUE MUSULMANE A LA. JURISPRUGENCE COMPARATIVE

M. Lambert qui reprend la présidence, reconnait que cette partie des délibérations de la section générale s'engage dans des conditions peu satisfaisantes pour les congressistes qui ont manifesté l'intention d'y prendre part. Trois sur quatre des raporteurs généraux se sont rendus à La Haye pour présenter et défendre leurs vues, et la place du rapporteur absent, le professeur Arnold Posehl, de l'Université de Graz, est prise par le professeur Westrupt de Copenhague, dont l'ordre du jour prévoit une communication d'un si réel intérêt que les rapporteurs généraux sont d'accord pour réclamer qu'elle soit mise sur le même plan que leurs rapports. Il seia impossible de faire tenir dans notre dernière séance — celle de demain — la lecture intégrale de ces travaux, à plus forte rasion une discussion individuelle de chacun d'eux. Mais il est, par aileurs, fort compréhensible que la plupart des rapporteurs répugnent à développer dans cette fin de séance des conclusions qui ne seance ultérieure.

Il est toutefois l'un d'entre eux qui n'a pas les mêmes raisons de se refuser à ouvrir le feu. C'est le professeur Ali Badaoui, de l'Univeersité Egyptienne. Il a eu l'obligeance, dit le président, de me communiquer son rapport et j'ai compris, en le lisant, qu'il allait prendre dans les débats de la quatrième question une position analogue à celle que M. de Vilallonga avait prise dans le débat de documentation juridique.

internationale(1). Tout en traitant comme lui'le même problème général que ses collégues, il le traite avec le même souci d'en tirer des arguments en faveur d'une cause qui l'intéresse, mais dont ses collègues ne se préoccupent guère. M. de Vilallonga aurait certes été heureux qu'on accordât à sa proposition une priorité qui aurait pu peut-être lui permettre d'obetnir l'adhésion de la section à un projet aussi séduisant que sérieusement étudié. Cette priorité, M. Badaoui l'acquiert d'office par suite de d'absence à cette fin de séance de ses co-rapporteurs. Mais, pour en tirer tout le profit possible, il fera bien de suivre l'exemple des rapporteurs de la secoonde question, et de se borner à une analyse des conclusions de son rapport assez rapide pour qu'on puisse les discuter utilement dans l'heure et demie qui reste avant la clôture de cette séance.

Avant de donner la parole au professeur Badaoui, le président tient à signaler l'empressement particulier que l'Université Egyptienne a apporté à l'appel des organisateurs du Congrès. Elle est répresentée - et d'une facon fort active - par quatre des professeurs de sa Faculté de Droit et un ancien élève sans doute appelé à devenir un de ses professeurs. Cet empressement n'a pu surprendre aucun de ceux qui connaissent l'Eypte. Ce pays a été l'une des premieères terres d'essai du droit comparé et demeurea longtemps l'un de ses champs de démonstration les plus fertiles. Ses tribunaux mixtes, tant par leur composition que par les garanties d'indépendance à l'égard de tout pouvoir politique qui leur sont assurées, ont formé d'utiles préludes au développement d'une justice internationale. Dans ces tribunaux, des magistrats, appartenant à des nationalités fort diverses, interprétent des codes d'importation française, à leurs lacunes, avec une connaissance d'ensemble des expériences réunies des diverses jurisprudences nationales, qui fait de certains arrêts de la Cour d'appel d'Alexandrie des modèles d'études de droit comparé.

L'Université Egyptienne est bâtie sur le même type. Des professeurs français, italiens, anglais y enseigent en étroite communauté de travail avec les professeurs égyptiens. Il serait à souhaiter que l'exemple qui nous vient du Caire se propageât largement en terre européenne. Je crois bien

⁽¹⁾⁻ Sur la seconde question mise à l'order du jour de la première section : documentation juridique internationale, les quatre rapporteurs généraux s'étaient accordés à réclamer une entente entre les centres de documentation, pour une amélioration des conditions actuelles de constitution et diffusion de la documentation international par voie de division du trevail. L'un d'eux, M. de Vitallonga avait demandé, en outre, l'établissement, sous le contrôle de la S.D.N., d'un organisme compétent pour certifierx, en vue de l'application judiciaire, le contenu des lois et coutumes des divers pays.

que les pays, même les plus avancés dans la voie du progrés scientifique, auraient quelque pfofit à retirer, au point de vue du bon rendement de l'éducation juridique nationale, de l'ouverture de ces jours sur le dehors dans leurs chapelles universitaires. Mais c'est surtout pour la coopération des Facultés de droit et de sciences sociales à l'oeuve de paix qu'il serait utile que l'entrée en linge du droit comparé fit renaître le souffle d'humanisme grâce auquel nos anciens légistes, passant si facilement d'une université italienne à une université italienne à une université allemande, purent jouer le rôle de pélérins d'un droit international.

M. Badaoui, glissant sur la partie de son rapport où il analyse et classe les vues présentées dans les rapports spéciaux, donne une lecture de la partie finale de son travail où il envisage les relations du droit et des religions par le point de vue propre de la civilisation musulmane. Aprés avoir retracé briévement ce qu'ont été ces relations dans les principales périodes de l'histoire de l'islam, il montre qu'elles ont varié et varieront encore avec les temps, et fait ressortir qu'on aboutirait à une vision singuliérement trompeuse des réalités actuelles à la seule lumière des temps antérieurs au XIXe siécle et à la pénétration dans le proche-Orient de la culture économique euroéenne. En Europe, Conclut-il en substance, les iuristes sont trop souvent portés, en même temps qu'à sous-estimer l'importance des rappoprts entre leurs droits et leurs religions, à exagérer la force et l'étendue des liens qui, en terre islamique, unissent le droit à la religion. On se représente trop volontiers le droit musulman comme étant, dans toutes ses parties et jusqu'à ses moindres détails, d'une nature essentiellement religieuse, le rendant inapte à se liler aux transformations économiques des sociétés qu'il régit. Rien n'est plus erroné. Ce qui est vrai c'est que s'est prolongé plus tardivement dans l'Orient musulman le même phénomène qui, dans la chrétienté médiévalle, avait fait passer sous l'empire de son droit canonique bien des chapitres du droit qui par euxmêmes n'offrent aucun caratère religieux. Le droit canonique chrétien s'est retiré, avec une vitesse, inégale selon les lieux, de ces terres alluvionnaires. Le même reflux se produit pour le droit musulman envisagé dans son aspect religieux. Dès 1883, la promulgation des codes indigenes, suivant cells des codes mixtes et la copiant, a entrainé en Egypte la laîcisation de tout le droit du statut réel, c'est-à-dire celui qui régit les relations économiques.

Ce statut, réel, interrompit le président, embrasse exactement la même sphère de rapports juridiques que le droit comparé tel que nous l'enten-

dons, envisagé comme l'instrument de formation d'une science internationale du droit. Car l'unification progressive du droit. que la jurisprudence comparative travaille à préparer, n'est ni désirable, ni surtout réalisable dans le domaine du droit des relations familiales.

Même sur ce terrain du statut peresonnel, répliqua le professeur Badaoui, il ne faudrait pas croire que toutes les constrictions du droit musulman soient codifiées sur des bases religieuses d'une égale stabilité. Il en est qui n'ont pris qu'accidententellement une coloration religieuse, et beaucoup d'autres qui ne puisent dans la religion que des directives assez simples pour se prêter à des aménagements successifs. C'est si vrai que le domaine du droit laissé à la réglementation par chaque confession va se rétrécissant en Egypte par la pénétration sur ce terrain d'une législation nationale.

Le professur White Ibrahim, de l'Université Egytienne, confirme cette affirmation du rapporteur en rappelant deux exemples qui l'illustrent : l'adoption spontanée par les Coptes du droit musulman des successions, le développement législatif d'un régime d'organisation de la tutelle, ainsi que de l'exécution testamentaire et de l'adminstration des successions, greffé sur le droit islamique, mais dont la protection s'étend aux Egyptiens appartenant aux autres confessions.

Si le droit musulman, dit le prolesseur Badaoui, ne se distingue des autres corps de culture juridique — le droit civil d'origine romaine et le common law anglo-savon — que par les proportions dans lesquelles y est opéré un dosage entre l'élément religieux et l'élément de science sociale qui se retrouve en réalité partout — même dans les droits qui se prétendent laîcisés — il doit être compris, au même titre que les deux autres, dans le travail de rapprochement du droit comparé. C'est ce qu'a lumineusement fait ressortir le doyen del Vecchio, en dégageant les données historiques de son remarquable rapport sur les sources du droit d'une comparaison entre le droit romain, le droit anglais et le droit islamique, qualifiés par lui les systèmes juridiques «les plus complexes» qu'ait connus l'histoire. Nous avons été vivement frappés, mes collègues de l'Université Egyptienne et moi, en même temps que de la haute compétence avec laquelle il a décrit le mécanisme des sources — ou racines — du droit

Dans ce mécanisme, répond le doyen del Vecchio, ainsi mis en cause, il existe, en effet, un rouage qui, à lui seul, permettrait déjà de faire pénétrer

musulman, de l'objectivité qu'il a apportée à le juger.

dans le droit officiel de l'Islam l'ensemble des normes coutumiéres et d'autres forces juridiques nouvelles qui apparaissent aujourd'hui comme les auxiliaires nécessaires de la loi. C'est l'Idjma, le consensus de la communauté, un instrument qui peut être fort efficace pour l'adaptation du droit musulman aux transformations de la vie économique et politique des sociétés régies par lui.

Le professeur Sanhoury, de l'Université Egyptienne, exprime sa plus grande satisfaction d'entendre une aussi haute autorité telle que le doyen Del Vecchio parler du principe fondamental de l'Idjma' comme un ètèment de première importance qui permettrait l'adaptation du droit musulman aux circonstances toujours changeantes de la vie sociale. Déjà le grand orientaliste Goldziher, ajoute-il, a considèlè l'idjma, comme la def de l'évolution historique de l'Islam au point de vue politique, dogmatique et juridique, Cette Thése que le professeur Sanhoury a développée dans son ouvrage «Le Califat et son évolution vers une Société des Nations Orientales», il y a quelques années, et qu'il a toujours gardée comme son credo de foi, se trouve confirmée par le témoignage des savants jouissant de la plus haute autorité. Il est intéressant, continue le professeur Sanhoury, de suivre l'évolution du principe de l'Idjmà. Le premier besoin auquel il devait répondre était de donner une place parmi les sources du droit à la coutume. Dans une deuxième forme, il a servi à sanctionner juridiquement les décisions résultant de l'accord des Compagnons du Prophète. Sous un troisième aspect, il a donné force obligatoire aux solutions juridiques élaborées scientifiquement par la majorité des jurisconsultes, relativement à des problèmes nouveaux qui n'avaient pas été tranchés par une disposition goranique ou traditionnelle. Dans ces deux dernières fonctions, la théorie de l'Idima' a été utilisée pour consacrer un accord conscient d'opinions, tandis que la première a servi à sanctionner la coutume qui se développe d'une façon mécanique par le laps du temps. Mais, bien que le consénsus, en tant que source du droit, se soit élevé de la consécration de l'accord inconscient à celle de l'accord conscient, il n'est jamais arrivé à consacrer l'accord délibérant. L'Islam n'a iamais connu d'assemblées analogues aux COnciles catholiques. Pour mener l'évolution du consensus, telle qu'on vient de la retracer, à son terme naturel, il semble qu'il faudrait maintenant franchir deux autres étapes le fonctionnement pratique de l'accord délibérant entre les jurisconsultes, et se servir du principe du consensus lui-même comme base d'un régime représentatif dans le gouvernement islamique.

La question de l'Idimà, intervient le président, est une question extrêment intéressante; le professeur Sanhoury a bien fait de nous snouligner son importance et son adaptabilité d'évolution. Selon l'heureuse expression de M. Snouch-Hurgronje, l'Idjmà est à lheure présente, la seule base dogmatique du droit musulman; le Qoran et le Sounnah n'en sont plus que bases historiques. Cette troisième sourse du droit musulman, l'Idimà a une importance pratique exceptionnelle. C'est à leur consécration par elle que toutes les règles du Figh, quelle que soit leur origine première, doivent leur applicabilité actuelle. Avec l'idijmà ajoute le professeur Lambert, le système islamique se trouve muni d'un élément remarquable d'évolution. Le témoignage donné par la haute autorité de M. Del Vecchio à la Plasticité actuelle du droit musulman serait certainement confirmé aujourd'hui par beaucoup d'autres compétences, non seulement à Rome où l'Instituto per l'Oriente suit - notamment dans sa revue Oriente Moderno - avec tant de curiosité sympathique les mouvements de la pensée musulmane, et où un romaniste -M. Evaristo Carusi - a manifesté sa profonde estime pour le droit musulman en le revendiquat, sans grand succés, comme un reieton du droit byzantin, mais aussi dans toutes les parties de l'Europe, et également aux Etats-Unio, car le doyen Wigmore, dans sonPanorama of Legal Systems, assigne la même place que M. Del Vecchio au système juridique musulman aux côtés des systèmes juridiques romanistiques et anglais. Nous sommes déjà loin du temps où illustre orientaliste hollandais, le glorieux vétéran des arabisants européens, écrivait dans la Revue d'Histoire des Religions que le droit musulman était désormais condamné à l'immobilité du tombeau, et où il raillait les prédictions d'un pacha ottoman qui, dans un petit livte - denué d'ailleurs d'expérience scientifique - prvovait l'islamisation prochaine de la culture juridique cuopéene. Ces raillenes ont trouvé une réplique décisive dans les codifications par lesquelles la jeune République Tuque a réalisé la réception du droit occidental dans ses formes les plus récentes: non plus seulement une rèception limitée au statut réel comme en Egypte, mais une réception globale s'etendant aussi à l'ensemble du statut personnel. Vous préférez en cette matière faire appel aux forces naturelles d'évolution, procéder par étapes, avec sélection, en concillant vos traditions nationales avec les exigences de la concurrence économique internationale. Que vous arriviez surement par cette méthode aux résultats cherchés, nous n'en doutons pas. Est-ce bien cela que vous voulez nous faire reconnaître,?

Non, répond le professeur Wadi Farag, de l'Université Egyptienne. Nous cherchons surtout à démontrer que, en bonne justice, nous ne devons pas être traités par la science du droit comparé uniquement comme des usagers, mais comme des collaborateurs, des associés. Nous avons largement puisé dans la science internationale, créée par le droit comparé, pour la confection de nos codes, et nous continuons à y puiser largement pour le développement de notre législation et de notre jurisprudence. Mais nous pouvons aussi puiser, pour la formation de cette science internationale, de fort utiles apports dans le corps de traditions juridiques commun aux peuples islamiques. En un mot nous aspirons à faire reconnaître que le droit muaulman n'est pas seulement matière à historiques, mais l'un des éléments ou des facteurs naturels de la jurisprudence comparative d'aujourd'hui.

Le professeur Abd El-Monem Riad, de l'Université Egyptienne, cite à l'appui de cette affirmation de son collègue un ceratain nombre de doctrines musulmanes, d'où l'on peut faire sortir des précédents d'une fort utile précision, à des conceptions juridiques qui ne se dégagent encore que confusémeut ou sporadiquement dans le mouvement d'envement d'ensemble de la jurisprudence comparative, parmi lesquelles notamment la théorie de la nécessité, Ce qui amène M. Lambert à reconnaître que cette doctrine islamique de la nécessité se présente comme l'expression plus catégorique et plus générale d'une idée qui est en gerne dans la clause rebus sic stantibus du droit international public, la théorie de l'imprévision de la jurisprudence administrative française, les assouplissements imprimés à la notion de l'impssibilité d'exécution des obligations par la jurisprudence anglaise sous la pression des conséquences économiques de la guerre, ou le chapitre de la jurisprisprudence constitutinnelle américaine sur l'emergency.

Le paofesseur Sanhoury apporte une nouvelle illustration à la thèse en discussion en rappelant le livre que, vers 1913, un de ses compatriotes, mort prématurément, Mahmoud Fathy, consacra à «La doctrine musulmane de l'abus des droits», à un moment où la vogue de la théorie française de l'abus des droits entrait dans toute sa force sous l'influence des travaux du doyen josserand. En suivant le développement de la doctrine de l'abus des droits à travers d'une demi-douzaine de siècles d'activité musulmane, Fathy y montrait cette doctrine muslmane arrivant, au terme de son évolution, à la reconnaissance des quatre chefs bien définis d'abus

des droits — la plupart d'ordre économique — alors que la doctrine occidentale n'avait encore réussi définir que l'un d'entre eux — le moins
usuel — l'usage maliciux ou l'intention de nuire. Il y laissait déjà pressentir
que — comme devait le reconnaître le doyen josserand dans un livre écrit
prés d'une vingtaine d'années plus tard, — sous la modestie apparente
d'une théorie d'allure subjective et psychologique, se dissimulait une doctrine d'ordre économique, autrement révolutionnaire par rapport aux
traditions du «droit civil» : la doctrine de la relativité des droits. Et, de la
littérature du droit musulman, il faisait sortir une exposition detaillée de la
doctrine proclamant la limitation de chaque droit par sa destination
sociale — ou religieux, c'est lout un — que venait de lancer en France
M. Léon Dugit et que le code civil de la Russie soviétique devait lui emprunter pour la placer dans son premier article.

Cet exemple, interrompt M. Lambert, n'est pas passé inaperçu en Europe. Car, malgré un assez large tirage, l'ouvrage de Fathy est depuis longtemps devenu introuvable. J'ai suivi avec plaisir la composition de ce livre écrit, en même temps que dans un noble esprit de fierté musulmane, avec le sincère désir de manier lovalement les méthodes de la science historique d'Occident. Il inaugura la publication des Travaux du Séminaire Oriental d'Etudes Juridiques et Sociales: séminaire créé à Lyon, en dehors de tout patronage officiel de l'Université, quoique dans son ombre, par des égyptiens groupés entre 1907 et 1914 sous ma direction pour étudier les productions comparées du droit civil latin et du common law anglo-saxon par le point de vue de leur adaptation aux terres d'acclimatation islamiques Ce séminaire a formé le berceau de l'Institut de Droit Comparé qui, depuis la fin de la guerre, fonctionne à Lyon sur les mêmes bases principales de comparaison entre le «droit civil» et le common law, et qui parait avoir été le premier né des instituts universitaires de droit comparé existant actuellement en France. De sorte qu'on pourrait dire que les égyptiens ont été les premiers instigateurs du mouvement qui a activé en France l'enseignement du droit comparé - créé à la fin du XIXe siècle par Saleilles - en le doublant de séminaires ou de salles de travlail consacrés à la recherche scientifique.

Si je rapelle ce vieux souvenir, réveillé par les observations de M. Sanhoury, c'est qu'il prouve à nos collègues égyptiens que ce sont eux qui tiennent en mains les moyens les plus efficaces de mettre en lumière les services que le droit musulman peut rendre à la jurisprudence comparative. Il leur suffirait pour cela de développer dans leur université nationale, assez bien dotée et assez bien placée pour se constituer l'outillage nécessaire, un

centre de recherches scientifiques du genre de celui que leurs ainés créèrent jadis à Lyon, sur une échelle réduite, sans disposer d'autres ressources que l'amitié d'un professeur français. Un institut égyptien de droit comparé, où la jurisprudence comparative ne serait point distraite de son cadre naturel de science sociale, aurait un rôle particulièrement enviable à jouer dans la division du travail que préconisait hier un voeu de notre section quant à la documentation juridique internationale⁽¹⁾, et qui ne serait pas moins utile pour l'exploitation scientifique de cette documentation. Ce rôle naturel serait d'entretenir, sur le terrain du droit et de ses disciplines auxiliaires de science sociale, la liaison entre le monde musulman et le monde chrétien.

Il est bien compréhensible toutefois que les universitaires égyptic hésitent à la pensée d'aborder seuls une tâche de cette envergure, qu sentent le besoin d'être encouragés et guidés par les conseils, les critiques, les manifestations d'intérêt de leurs collègues européens et américains, qu'ils souhaitent que le stimulant que leur a apporté ce congrès, en mettant à son ordre du jour les rapports du droit et des religions, et en chargeant l'und 'eux de l'un des rapports généraux sur le sujet, soit le point de de, aut d'une aide plus continue. Que le rapporteur égyptien, conclut le président, s'entende avec ses collègues de la délègation de l'Université Egyptienne pour préciser en un voeu sous quelle forme ils désirent que cette aide s'exerce. Je soumettrai ce voeu à la Section au début de la prochaine séance et je m'en ferai près d'elle le défenseur convaincu.

Au début de la Séance suivante — séance du 5 août — le professeur Lambert a soumis à la section, en l'appuyant, le voeu suivant présenté comme sanction des délibérations de la veille par les membres de la délégation de l'Université Egytienne: La Section Générale émet le voeu qu'on réserve dans le prochain congrès une place à l'étude du droit musulman, comme source du droit comparé.

⁽¹⁾ Ce voeu est ainsi conçu :

[&]quot;La Section Générale estime désirable que les institutions ou organisations s'occupant de documentation juridique établissent entre elles une haison en vue de coordonner leurs efforts.

L'Académie Internationale de Droit Comparé est invitée à appuyer les initiatives qui pourraient être prises en ce sens et au besoin, à les provoquer.

La Section, constatant que de précieux résultats ont déjà été obtenus par la apécialisation d'un certain nombre d'organismes dans le rassemblement et la diffusion de la documentation relative à certaines branches du droit, émet le voeu que cette méthode de spécialisation soit pourquivie le plus largement possible, en évitant les doubles emplois...

La voeu a été adopté à mains levées.

Conclusion du comptr-rendu: Arrivé au terme de ce compte-rendu des opérations de la Section Générale, le congressiste qui l'a établi, M. Ed. Lambert, exprimera en ces termes la note dominante, la conclusion ultime qui luia paru s'en dégager.

Le prochain congrès international de droit comparé — et à travers lui la série ultérieure de congrès qu'il porte en germe - c'est la silhouette attirante que nous avons vu se dessiner de plus en plus nettement sur la toile de fond de vos délibérations à mesure qu'elles approchaient de leur fin. C'est en songeant à lui que nous avons formulé nos voeux des deux derniers joues. Ils impliquent notre accord à réclamer l'exécution de la promesse faite par l'Académie — dans le résumé de ses délibérations de 1929 établi par mes soins - en posant cette première directive: «Le prochain congrès international de droit comparé devra être le point de départ d'une série de Congrès, à périodicité réglée». La cadence à donner à leur succession a été l'un des objets les plus fréquents de nos conversations individuelles au cours des brillantes réceptions qui nous ont été offertes. Quelques uns souhaitaient de voir le Congrés revrnir tous les deux ans, d'autres tous les cinq ans, la plupart, m'a-t-il semblé, tous les trois ans, comme les congrès des criminalistes. Tous s'accordaient à demander que, quelque fut la cadence finalement choisie par l'Académie organisatrice, cette cadence fut du moins régulièment suivie.

A défaut de réalisation immédiate du «Projet pour une organisation permanente universelle de la profession du droit» présenté au Congrès, par le doven John H. Wigmore (l'un des principaux artisans du succès de cette réunion), une Filiière continue de congrès de droit comparé fournira dévà un précieux rudiment de cette organisation en même temps qu'un excellent point de départ pour des développements à venir. Car le Congrès de 1932 a dèjà répondu pleinement à la seconde des directives que l'Académie tracait en 1929 pour sa tenue, directive ainsi concue : «Le droit comparé n'étant pas une branche particulière du droit, mais la méthode par laquelle la science du droit s'adapte aux besoins d'une communauté devenue consciente de la soilidarité de ses membres, le prochain congrès et ses successeurs devront être des congrès internationaux des juristes». Il a réuni, en effet, en même temps que des représentants de toutes les blanches de la science juridique, de trois au moins des quatre branches de la «profession de droit», dont le doven Wigmore juge l'union nécessaire pour la réalisation de son «Projet» : le barreau, la magitrature, les universités. Et on pourrait dire que la quatrième — législateurs — y est représentée fort compétemment par des membres des commissions de codification.

Le travail accompli par les autres sections a démontré clairement que l'instrument de liaison internationale qui vient d'être forgé par la coopération de l'Académie et des congressistes est apte à tendre au nouveau droit international — le droit comparé — les mêmes services que le Juristentag, par exemple, a redu au droit national allemand. Il prouvera aussi aux institutions fondées pour travailler au rapprochement d'ensemble des droits nationaux — comme l'Institut de Rome — ou à l'unification progressive de branches déterminées du droit — comme l'Organisation Internationale du Travail — que les congrès de droit comparé peuvent leur fournir d'aussi utiles leviers de propagande que ceux que fournissent, pour la diffusion de ses modèles d'actes législatifs, à la commission américaine pour l'uniformité des lois d'états, les meetings de l'American Bar Association.

Et les congressistes individuels — ceux qui, comme moi, ne font partie d'aucune délégation et qu'attire seulement le désir de se documenter et l'occasion de développer leurs relations de commerce scientifique — n'auront pas moins de profits à retirer de la continuité assurée à ces rencontres internationales. Du moins si j'en juge par l'expérience personnelle que je viens de faire.

L'Université à laquelle j'appartiens — l'Université de Lyon — vient de décider l'ouverture - probablement après une année d'étude nécessaire à son aménagement - d'un Institut des Sciences Sociates et des Relations Interationales où s'uniront et fusionneront : 1° un vieil institut de droit comparé, qui sent le besoin de se renouveler par contact de disciplines apparentées, 2° une chaire d'étude des institutions internationales d'organisation de la paix créée il y a un an par l'initiative de M. Edouard Herriot, et 3°.une série d'enseignements, jusque là épars dans les diverses Facultés, qui présentent ce trait commun d'être naturellement portés à s'orienter vers l'éducation de l'esprit international. Le principal but de cet Institut est d'établir un cartel avec des organismes similaires allemands. anglais ou italiens, pour l'étude, par la comparaison des points de vue nationaux, des problèmes que soulève le développement des relations interationales; pour pratiquer aussi entre les unités composantes du cartel l'échange des professeurs, non pas sous la forme classique des visites d'apparat et des conférences devant des auditoires improvisés, mais sous la forme de l'association des professeurs invités à l'enseignement normal et

au travail quotidien de l'unuversité invitante; enfin pour fournir — par le moyen des semestres passés successivement dans quelques uns des instituts associés — à des étudiants recherchant la préparation juridique aux affaires internationales, une vision d'ensemble des caractéristiques de chacune de leurs cultures nationales, envisagées dans leur fonction de facteurs de la civilsation juridique et économique européenne. Il faudra sans doute d'assez longues négociations pour aboutir à ce cartel. Elles auront été notablement facilitées par les conversations que j'ai pu avoir à ce sujet avec un certain nombre de congressistes.

L'atmosphère des congrès de droit comparé sera certainement propice la préparation et à la conclusion de bien d'autres ententes ou associations entre groupements de travilleurs scientifiques ou travailleurs isolés. — En permettant à des savants de pays divers, qui se sentent déjà attirés par leurs affinités scientifiques de doubler la connaissance de leurs travaux de la connaissance de leurs personnalités respectives, ces rencontres périodiques favoriseront le développement, sur le plan international, de l'esprit d'équipe nécessaire à la constitution et l'outillage de manuels et de traités, de recueils de select Cases ou d'autres recueils choisis de textes internationaux sans lequel l'enseignement du droit comparé ne saurait arriver à sa pleine productivité.

Si l'aspiration commune qui unit et résume les dernirs voeux de la Section Générale obtient entière et durable satisfaction — et nous ne doutons pas qu'elle ne l'obtienne — l'année qui a vu s'ouvrir ce congrès inaugural demeurera une date notable dans la marche de transition de la phase de développement national du droit à phase de développement international.

(Fin du compte-rendu)

* * *

Il est temps de dire quelques mots sur les résultats obtenus par le Congrès. Je ne parle pas du résultat moral; celui-ci est énorme, et dépasse le cadre de cette notice sommaire. J'entends simplement les résultats concrets qu'on a pu obtenir. En dehors des nombreuses résolutions adoptées par les diverses sections sur chaque question soumise à leur examen, et dont une liste détaillée sera publiée à part, le Congrès, conformément au désir exprimé par le Secrétaire Général, le professeur Balogh, dans la séance solennelle d'ouverture, émet le voeu de voir créer sous les auspices de l'Académie Internationale de Droit Comparé «une revue internationale de droit comparé que servirait d'organe officiel de l'Académie». Le Congrès

souhaite également que «l'enseignement du droit comparé soit donné dans toutes les facultés de droit des universités des diverses nations».

Mais je dois insister tout particulièrement sur deux résolutions qui marqueront une période dans l'histoire de la marche progressive du droit comparé.

Tout d'abord, les congressistes ont résolu que leur congrès devienne une institution permanente, qui sera désomais convoquée régulièrement tous les trois ou cinq ans par l'Académie Internationale de Droit Comparé. Un règlement a été établi en vue de donner les grandes lignes de l'organisation de ces futurs congrès internationaux. D'après ce règlement, le bureau de l'Académie convoque, tous les deux ans, des experts choisis dans les différents pays, à l'effet de formuler des propositions concernant la préparation du prochain congrès. Le bureau du Congrès lui-même est constitué par le bureau de l'Açadémie complété par des personnalités choisies parmi les représentants les plus éminents de la doctrine et de la pratique juridique dans différents pays, en tenant compte de la nécessité d'obtenir la représentation des principaux systèmes juridiques. Le Congrès est divisé en sections déterminées par le bureau de l'Académine, de manière à grouper les divers problèmes à discuter. Les langues officielles du Congrès sont l'allemand, l'anglais, l'espanol, le français et l'italien. L'admission au Congrès est prononcée par le bureau de l'Académie, après paiement de la cotisation fixée par le dit bureau. Les compte-rendus des travaux du Congrès sont publiées dans la collection des Actes de l'Académie. Ainsi fut exaucé le voeu que M. Lambert a chaleureusement émis dans son rapport, précité, en écrivant : «Ce que j'attends du premier Congrès de droit comparé qui se réunira dans l'ambiance de l'après-guerre, c'est qu'il donne naissance à une longue et continue descendance de congrès internationaux des juristes dominês par ce sentiment de l'interdépendance entre le droit conçu comme science sociale et le droit conçu comme science internationale».

Nous avons donc obtenu ce résultat certain : la création de ce germe d'organinsation internationale de la profession du droit que réalisera l'établissement d'une chaîne périodique et régulière des congrès internationaux des juistes.

En deuxième lieu, le Congrès a émis le voeu «de voir créer, sous les auspices de l'Académie Internationale du Droit Comparé, une faculté internationale de droit.» C'est un voeu auquel M. Lambert s'intéressait (علم المنافع علم علم المنافع علم المنافع علم المنافع علم المنافع علم المنافع علم علم المنافع عل

d'autant plus vivement qu'il l'a déjà formulé dans la conclusion d'une étude publiée par lui en 1932 dans les Actes de l'Académie : Le droit commun de la Société des Nations, ses organes actuels, les organes à venir, le besoin d'une Faculté imternational de Droit. M. Balogh, l'auteur de la proposition, a donné, à la séance solennele d'ouverture du Congrés, une petite esquisse sur l'utilité du projet. Il a souligné son importance en faisant remarguer que la création d'une faculté internationale de droit permettrait aux législateurs de chaque pays de tirer parti du travail accompli dans les autres pays. Seule une telle faculté péut donner l'enseignement des différents systèmes législatifs sans empiéter sur l'activité d'aucune des organisation actuelles. Elle serait l'organe international de préparation à toutes les carrières où la nécessité d'une formation internationale est de plus en plus évidente, législateurs, professeurs, magistrats, avocats intenationaux, diplomates, dirigeants des institutions intermationales. A la séance de clôture, M. Lambert, en sa qualité de prédident de la Section Générale a souligné l'importance de cette, nouvelle entreprise, en proposant que cette faculté internationale de droit ait son siège à La Haye. En outre, le président de la Section Générale a ajouté: «Le droit comparé ou jurisprudence comparative n'est pas une branche spéciale du droit. C'est la forme du droit approprié aux besoins d'une société des peuples dont la structure économique est déjà internationalisée et qui a pris conscience de la nécessité d'adapter ses institutions juridiques à sa structure économique et d'internationalier les parties commerciales de son droit. La jurisprudence comparative est l'héritière du droit romain médiéval et aspire à rétablir entre les scinces juridiques nationales les éléments de coopération et de compréhension mutuelle qui jadis permirent aux glossateurs et postglossateurs de faire surgir au dessus de la diversité de nos coutumes médievales un fond de droit commun à la chrétienté d'occident». Pour commencer la création de cette faculté internationale, M. Balogh prévoit un corps de 5 à 6 professeurs permanents qui enseigneront les matières suivantes: Histoire de la science juridique et histoire comparée du droit, droit public international approfondi sur la base comparative, droit international privé approfondi sur la base comparative, droit civil et procédure civile comparés, droit commercial et procédure commerciale compaeés, droit pénal et procédure pénale compare, droit public comparé (constitutionnel le administratif). A côté de ses cours généraux il y aurait, d'apers le plan, de M. Balogh, des conférences et des cours spéciaux faits par des spécialistes appartenant aux différents pays. Tel est le projet soumis au Congrés et approuvé, dans ses grandes lignes, dans la séance de clôture.

Nous avons donc obtenu ce résultat probable. la création à La Haye d'un réseau annuel d'enseignement de droit comparé et de science sociale, pouvant jouer le rôle d'une faculté internationale de droit. le voeu émis par le Congrés à ce suijet ayant donné lieu à des échanges de vues favorables entre un certain nombre de personnalités compétentes.

. . .

Il me reste, en dermier lieu, de signalor l'importance, pour notre Faculté de Droit, de la création d'un centre d'étude de droit comparé et de droit musulman. La place que la Délégation Egyptienne a revendiquée et obtenue, au Congrés, pour le droit musulman, justifie pleinement l'optimisme avec lequel on pourrait envisager la réalisation d'un projet pareil. Ce centre d'étude, on pourrait songer à l'établir sous une des deux formes suivantes:

1) Ou bien, en créant un diplôme supérieur dans la Section de Doctorat, portant, outre le droit musulman et le droit comparé, sur des matières telles que l'Ihistoire de droit et le droit romain, ce quatrième diplôme complétant ainsi la série des diplômes supérieurs qui constituent une section de doctorat organisé d'aprés le modéle des universités françaises; 2) Ou bien, en organisant un institut autonome de droit musulman et de droit comparé, conformément au plan tracé par notre Conseil, concermant l'établissement de divers instituts au sein de la Faculté.

L moment est venu, le Congrés de La Haye nous en a déjà donné le signalement, pour que le droit soit étudié dans un esprit moderne, C'est une tache qui incomberait forcément à notre Faculté de Droit. Il s'agit de rendre au système islamique, par une étude hisorique et comparative sérieuse, son adaptabilité aux contingences de l'organisation sociale actuelle. Le point de départ de ce travail, je l'ai déjà écrit il y a quelques années dans mon ouvrage: «Le califat et son évolution vers une Société des Nations Orientales», doit être la séparation de la partie religieuse et de la partie temporelle du droit musulman. La partie religieuse échappe à notre cercle d'études. Ells doit rester le monopole des théologiens musulmans. Dans la poursuite de notre étude nous devions avoir le souci de rendre le système islamique applicable aux non -musulmans aussi bien qu' aux musulmans eux - mémes, Pour arriver à cette fin, on devrait encore distinguer, même dans la partie temporelle du droit musulman, entre les régles qui ont une couleur religieuse, et celles qui sont strictement juridiques. Les premières ne garderaient qu'une force morale, s'imposeraient à la conscience et non pas à la conduite extérieure. Les régles de la seconde catégorie seules constitueraient le domaine du droit proprement dit, applicable à tous les citoyens, musulmans ou non.

A vrai dire, j'entends par l'Islam, non pas un corps de croyances confessionnells, mais un système de civilisation avec, à la base, une discipline. G'est l'islam culture, et non pas l'Islam cultuel, qui m'intéresse dans mes recherches scientifiques; et je suis persuadé que, sur ce terrain purement scientifique, tous les Egyptiens, musulmans et nonmusulmans, se recontrent et s'accordent sur la nécessité d'entreprendre un mouvement d'adaptation de ce vieux système de droit, admirablement bâti par des esprits juridiques d'une puissance comparable seulement à celle des grands jurisconsultes du droit romain.

Il Faut, à tout prix, que notre Faculté prenne l'initative de ce mouvement réformiste, disons le mot, ce mouvement de renaissance du système islamique. Le mot «renaissance» est peutêtre ambitieux, mais il trouve sa justification dans le caractère extrémement grave de l'oeuvre à accomplir. Nous devons considérer notre problème comme aussi important et aussi vital, pour l'Orient, qu'a été le mouvement de renaissance du droit romain pour l'Europe, il y a quelques siècles.

Il nous faut rendre à l'expression de la «civilisation musulmane» la souplesse qu'elle a perdue, et l'envisager comme s'apliquant, non pas à un ensemble de rites et de règles religieuses, mais à une forme originale de civilsation que l'histoire nous présente, je cite ici les belles paroles de M. Lambert, «comme le résultat de l'activité collective de toutes les races et de toutes les communautés religieuses qui, depuis de longs siècles, vivent et travaillent côte à côte, à l'abri du drapeau de l'Islam et qui, dès lors, nous apparaît comme le bien commun de tous les habitants de l'Orient musulman, au même titre et pour les mêmes raisons que la civilisation chrétienne demeure le patrimoine indivis de tous les occidentaux, aussi bien des libres penseurs que des catholiques et des protestants.» C'est un programme d'action devant lequel toute idée de différence religieuse s'évanouit: j'ai eu la grande satisfaction de m'en rendre compte par l'enthousiasme que mes collègues non-musimans dens la Délégation Egyptienne ont témoigné à l'égaed du voeu émis par le Congrès concernant le droit musulman. J'ai pu constater, alors, que le système islamique est l'héritage commun de tous les orientaux; ce n'est en somme que le produit du génie oriental.

LA RESPONSABILITE CIVILE ET PENALE EN DROIT MUSULMAN[

par

ARDEL RAZZAK A. EL SANHOURY BEY

Ancien Doyen de la Faculté de Drôit Minisre de l'Instruction Puplique

INTRODUCTION

Il importe, pour bien préciser les règles de la responsabilité civile et pénale dans le droit musulman, de faire une distinction entre le domaine des lésions corporelles et celui des atteintes à la propriété. Dans le premier les règles sont trop étroites et en quelque sorte archaiques. Dès qu'onpasse au domaine des atteintes à la propriété, nous constatons un progrès énorme: les règles de responsabilité deviennent savantes et nuancées; elles apparaissent suivre une voie de développement comparable à celle des systèmes modernes. On donne comme explication de cette différence que les jurisconsultes musulmans, dans le domaine des lésions corporelles, se sont heurtés aux traditions préislamiques, aux coutumes primitives des Arabes Bédouins, consacrées en grande partie par des textes Ooraniques: ils n'ont pu, par conséquent, exercer qu'une influence limitée sur le développement du système islamique dans ce domaine. Par contre, dans le domaine des atteintes à la propriété, le champ était libre pour la sagacité des jurisconsultes, qui ont exercé une influence salutaire sur le développement des principe de la responsabilité civile.

Nous examinerons, par couséquent, la question sous deux chapitres: lésions corporelles et atteintes à la propriété, tout en faisant notre profit des rapports spécciaux que nous avons reçus d'El-Azhar, de la Palestine,

^(*) Cet article reproduit le rapport présenté par M. le Doyen Abd El-Razzak El-Sanhoury Bey au 2ème Congrès International de Droit Comparé tenu à La Haye au mois d'août 1937 En attendant la publication des Travaux du Congrès, retardée par suite de la guerre, nous avons jugé utile de publier jei ce rapport.

du Liban et de la Perse. Nous devons signaler tout particulièrement le rapport de M. Emile Tyan, consciller à la Cour de Cassation et chargé de cours à l'Ecole Française de Droit à Beyrouth, rapport inspiré par l'excellente thèse qu'il a soutenue sur la matière devant la Faculté de Droit de Lyon en 1926.

Et d'abord, nous commençons par le domaine des lésions corporelles.

PREMIERE PARTIE LESIONS CORPORELLES

Dans l'Arabie préislamique, comme dans tout société primitive, la vengeance privée était la régle. Comme dans toute société primitive également, lasoildarité familiale, soit du côté du coupable, soit du côté de la victime, était mise en jeu. Ce n'est pas le coupable qui est seul responsable, c'est toute sa tribu; ce n'est pas la victime qui a seul le droit de se venger, c'est tout clan de celle-ci qui réclame ce droit. Bien que le stade civilisation auquel les Arabes préislamiques sont arrivés leur ait permis de passer au systéme de composition volontaire, ils n'ont pas dépassé ce systéme peur arriver celui de la composition obligatoire.

L'Islam n'a pas changé le fondement de la respectabilité à cause des lésions corporelles. Cette responsabilité restait, comme autrefois, à base de vengeance privée, et la responsabilité civile restait confondue avec la responsabilité pénale. Mais l'Islam a amélioré le système préslamique à plusieurs égards. Il a tout d'abord introuit le système à composition obligatoire ou légal il a ensuite supprimé la solidarité familiale, du moi dans certaines hypothèse. Il a enfin fait intervenir le pouvoir public dans la poursuite et le jugement du coupable, ainsi qie dans l'exécution même du la neine. Reprenons ces trois propositions.

1. Composition obligatoire:

Tout d'abord l'islam a introduit le système de composition obligatoire. La vengéance privée de l'Arabie préislamique ne cédait la place qu'a la composition volontaire.. Si la victime ne consentait pas à cette composition, son droit à la vengéance restait intact. Et cette vengeance n'était pas organisée. Elle n'était personnelle ni du côté du coupable ni du côté de la victime. L'égalité entre le tort causé et la vengéance était rarement observée, et l'anarchie complète régnait dans la pra tique de cette vengeance qu'on appelait le thâr (j.i.l.)

L'Islam a donné au système une forte organisation, sans en bouleverser la base. Parmi les innovations nombreuses qu'il a apportées au système, nous citons deux des plus importantes qui ont permis à la composition obligatoire de prendre la place de la composition volontaire: le principe de l'égalité dans l'exercice du talion, et la distinction entre les délits intentionnels, seuls soumis au système du talion et les délits non-intentionnels auxquels le système de composition obligatoire est applicable.

A. - Principe d'égalité dans l'exercice du talion :

L'Islam a tout d'abord exigé la stricte égalité, dans l'exercice du talion(Kisas), entre la blessure faite et celle à faire, d'oû une restriction importante au droit de kisas qui, outre le changement significatif d'appellation de «vengeance» (الفصاص) par «talion» (الفصاص) doit être remplacé par la composition obligatoire dans tous les cas où cette égalité stricte ne pouvait être assurée (Hidaya IV,134). C'est ainsi qu'en cas de meurtre, le talion ne peut s'exercer entre l'homme et la femme, le libre et l'esclave, ainsi qu'entre esclaves de valeur différente (Kitab El-Kharaie p. 244). La rupture d'un membre ne peut donner lieu au talion que si elles est faite à un point d'articulation; c'est seulement dans ce cas qu'il est possible d'observer la stricte mesure. La rupture d'os ne donne pas lieu au talion. et pour la même raison. D'autres restrictions, dans le même esprit. restreignent le domaine du talion, et écartent le kisas pour lui substituer la composition obligatoire. Ces restrictions sont tellement nombreuses que l'auteur d'un excellent ouvrage sur le sujet, M. Emile Tyan, a pu dire: «Ces restrictions sont telles que la règle arrive à en être renversée, et que l'on peut dire que, sauf pour certains cas limitativement énumérés, le kisas est aboli pour les lésions corporelles». (Le système de responsabilité délictuelle en droit musulman, Beyrouth, 1926, P. 100).

B. — Distinctions entre les délits intentionnels et les délits nonintentionnels:

Une autre innovation, de beaucoup plus importante et plus restrictive du droit de talion au profit du système de la composition obligatoire, est introduite par la distinction qu'on a faite entre le meurtre intentionnel et le meurtre non-intentionnel. C'est le premier seul qui est passible du talion; pour le second, la composition obligatoire est applicable. Avant l'Islam, les Arabes ne distinguaient pas entre les deux hypothèses; ils leur appliquaient invariablement le droit de vengeance privée (thâr), remplacée, s'il y

a lieu, Par la composition volontaire. Le Qoran établissait la distinction, et posait, en termes nets, le principe de composition obligatoire en cas de meurtre non-intentionnel: «Pourquoi un croyant tuerait-il un autre croyant, asuf si c'est involontairement? Celui qui en tuera un involontairment sera tenu d'affranchir un esclave croyant et payer à la famille du mort le prix du sang, à moins que la famille n'en fasse remise». On voit donc que pour le meurtre non-intentionnel il n'y a que la composition obligatoire, tandis que pour le meurtre intentionnel les héritiers ont le choix entre le talion et la composition.

Les auteurs ont profité de cette distinction pour restreindre davantage le domaine de l'exercice du talion, et ce, par différents moyens:

- Ils ont premièrement étendu la distinction aux lésions corporelles autres que le meurtre. Toute lésion corporelle non-intentionnelle, meurter ou autre, est soumise au système de composition obligatoire.
- 2) Ils ont ensuite distingué entre le meurtre (et autres lésions) qui est incorporé dans l'acte même qui l'a causé (corpore et corpori), seul soumis au régime du talion, et le meurtre (et autres lésions) qui n'est que le résultat d'un acte posé par une personne, soumis celui-ci au régime de composition obligatoire.
- 3) Même dans le domaine du meurtre causé corpore et corpori, ils ont soustrait au régime du talion, pour les soumettre à celui de composition obligatoire, des cas de meurtre intentionnel, au moyen d'une distinction subtile entre le meurtre intentionnel, commis par des instruments qui sont de nature à entraîner la mort, et le meurtre quasi-intenionnel qui, bien que renfermant l'intention criminelle, n'est pas commis par de pareils instruments. Seule la première catégorie est passible du talion.
- 4) Comme conséquence logique du principe que l'intention criminelle est nécessaire pour l'application du talion, les auteurs ont soustrait les mineurs et les déments à ce régime, ainsi que ceux qui sont en état de légitime défense ou en état de contreinte. Dans toutes ces hypothèses c'est la composition obligatoire qui est applicable.
- 5) Enfin, les auteurs ont posé comme principe que le droit du talion est indivisible, et ils en ont déduit des conséquences importantes. En cas de pluralité des ayants-droit, si l'un d'entre eux a renoncé à son droit ou a transigé, les autres ne peuvent pas réclamer le talion, ils doivent se contenter de la compositoin. Pareillement, en cas de pluralité des co-auteurs, si l'un d'entre eux n'est pas soumis au régime du talion (un mineur par exemple), les autres, bien que passibles eux-mêmes du talion, sont soustraits à ce régime, et passent à celui de composition obligatoire.

Il est facile de constater que ces restrictions nombreuses au régime du talion, introduites par l'Islam, ont fait du régime de la composition obligatoire la régle, de celui du talion l'exception.

II. - Suppression de la solidarité familiale:

L'Islam a également supprimé presque complétement la solidarité familiale. Il a achevé cette suppression en cas de délits intentionels. Dans ces délits, si le talion est dû ou si le taion est remplacé pour une raison ou pour une autre par la composition, la peine est personnelle. C'est le coupable seul qui en supporte la charge. Cette innovation due à. l'Islam s'explique premiérement par l'origine historique du talion, la loi du talion chez les Juifs ayant toujours été individuelle, et ensuite par la conception fondamentale que. l'Islam s'est formé des formé des mérites et des peines. «Toute âme, on lit dans le Qoran, ne fait des oeuvres que pour son propre compte; aucune ne portera le fardeau d'une autre».

Et même pour le cas de délits non-intentionnels, où la composition est obligatoire, les auteurs sont arrivés jusqu'à supprimer prersque complétement la solidarité familiale par une série de limitations.

En premier lieu, la solidarité damiliale est écartée et la composition incomble exclusivement à la charge du coupable, lorsque cette composition est due à la suite d'un aveu d'une sentence arbitrale, ou d'une transaction. La solidarité familiale n'est engagée que par le fait même du délit, sans intervention de la volonté du délinquant.

Ensuite, la solidarité familiale ne se trouve engagée qu'en présence de compositions fixes. Dans les cas où la composition doit être laissée à la libre appréciation du juge, le coupable seul en répond.

Enfin, même dans la limite de ces restrictions, la solidrité familale est confinée aux Arabes. Pour eux, la régle est traditionnelle. Pour les non-Arabes, le principe de la responsabilité, individuelle garde son efficaciré.

III. — Intervention du pouvoir public:

L'Islam a fait intervenir le pouvoir public dans la poursuite et le jugement du coupable, anisi que dans l'exécution même de la peine. Une sorte de police, appelée la Chourta était chargée de l'accusation publique; elle soutient l'accusation contre les déllinquants, et fait la preuve de infraiins. Le juge examinera ensuite l'affaire appéciera la culpabilité de

l'accusé et prononcera son jugement en fixant la responsabilité de l'inculpé. Quant à l'exécution de la peine, bien que l'Arabie préislamique pratiquait le système la vengeance privéé, où l'individu offensé poursuit en personne l'exécution de cette vengeance, et bien que les juristes musulmans aient continué à affirmer que c'est la personne lésée qui exerce le talion (Kisâs), l'Etat et l'exercice du Kisâs. Le Kisâs est basé sur une stricte égalité; Etat seul peut assurer cette égalité égalite contre l'inexpériene ou la mauvaise foi de la victime, si l'on permet à cellec-ei de se faire justice à elle-mâme.

Bien que le pouvoir public joue un rôle prépondérant dans la poursuite et le jugement du coupable et dans l'exécution de la peine, il faut se garder de croire que les lésions corporelles sont considérées comme des délits publics dans le droit musulman. Elles ne sont pas non plus des délits civils. Elles occupent une place analogue à celle qu'occupaient en Droit Romain les délits privés. En effet la sanction de ces lésions est une peine privée, une place intermédiaire entre la peine publique et la réparation civile. On distingue entre les trois catégories de sanctions dans le système islamique. Cette distinction a comme base une autre distinction entre deux catégories de droit, le droit de Dieu (حق الله) et le droit de المبد). La sanction du droit de l'homme est une peine privée ou une congration civile. On donne comme définition du droit de Dieu que e'est une faculté dont dépend un bien n'appartenant à aucun d'une facon particulière; il est donc imputé à Dieu, comme signe de son importance et de sa généralité. Le droit de l'homme est une faculté dont dépend un intérêt particulier.

Pour déterminer les délits publics, on doit énumérer les peines publiques, les droits de Dieu. Ils sont au nombre de quatre: le Hadd, le Taazir (châtiment), le Kaffara (expiation) et la déchéance du droit successoral. Nous nous arrêtons aux deux premiers. Le Hadd est une , peine fixe déterminée par la loi. Il y en a cinq: l'amputation de main en cas de vol, la lapidation (fustigation) en cas de fornication, en cas d'ivresse et en cas de diffamation, et l'amputation de main et de pied et crucifixion en cas de brigandage. A part ces délits nommés, le système islamique a laissé la porte ouverte pour d'autres délits publics. C'est tout le chapitre du châtiment public (Taazir), laissé à la libre appréciation du juge quant à la détermination de l'acte punissable et quant à la fixation de la peine. C'est un principe qui va à l'eneontre de la règle "nulle peine sans texte", principe qui est déjà entré dans la législation de certains pays modernes. Tels sont les délits publics reconnus par le Droit Musulman. Les caractéristiques de la peine publique qui en est la sanction sont les suivantes: 1) elle n'est pas suscepliple de renonciation ou de compromis, 2) elle est intransmissible par voie de succession, activement et passivement, 3) en cas de pluralité de peines, le cumul n'est admis, 4) elle est réduite à moiteé, si la victime ou le coupable est un esclave.

Au délit public s'oppose le délit civil, qui consiste dans une atteinte à la propriété, et qui a pour sanction une réparation purement civile. Nous examinerons plus loin les règles du droit musulman concernant ces délits.

Dans une place intermédiaire entre le délit pulic et le délit civil, avonsnous dit, se trouve le délit privé. La sanction en est une peine privée qui
participe du caractère de peine et de celui de réparation. Comme peine
elle représente une pénalité que doit souffrir le coupable, et comme
réparation c'est une indemnisation du tort causé. Elle a des caractéristiques opposées à celles de la peine publique: elle est susceptible de renonciation et de compromis, elle est transmissible par voie de succession, le
cumul y est admis, et elle n'est pas réduite à la moitié en cas
d'esclavage. Les peines privées sont au nombre de cing: le talion (Kisâs),
le châtiment privé (Taazir), la composition (Dya), le fractionnement de la
composition (Arch) et l'appréciation équitable du juge.

Le Talion est dû lorsque la stricte égalité entre la lésion corporelle subie par la victime et celle à être subie par le coupable peut être assurée. la principe en est établi dans le Qoran: "Nous avons prescrit: âme pour âme, oeil pour l'oeil, nez, oreille pour oreille, dent pour dent; les blessures seront punies par la loi du talion": Il est dû: 1) en cas de meurtre intentionnel; le talion est ici ou bien le droit de la victime recueilli par les héritiers dans la succession, ou bien le droit propre des héritiers d'après Abou Hanifa; il prend fin par la renonciation (pardon par la victime avant sa mort, ou par ses héritiers) et par la transaction sur une composition volontaire (Diyà); 2) en cas d'autre lésion corporelle intentionnelle; si la stricte égalité exigée peut être obtenue; ainsi oeil pour oeil, nez pour nez, etc.; le talion est également ici le droit de la victime; il prend fin par la renonciation et par la transaction.

Le châtiment privé est, comme le châtiment public laissé à la libre appréciation du juge quant à la détermination de l'acte punissable et quant à la fixation de la peine applicable. Il diffère du châtiment public en ce qu'il sanctionne une violation d'un droit privé (droit de l'homme) et non pas d'un droit public (droit de Dieu). Lorsqu'on sort du domaine des lésions corporelles où, le talion, la compositión ou l'appréciation équitable du juge sont applicables, et lorsqu'on sort du domaine des atteintes à la propriété où la réparation civile (Daman ou garantie) est due, on se trouve en face de délits privés, tels que la séduction, la calomnie, la concurrence déloyale, etc., délits que le juge, dans sa haute appréciation, considère comme violation aux droits privés et non aux droits pulies et auxqueis if applique un châtiment privé qu'il fixe lui-même et qui participe du caractère de peine et de celui de réparation cuvile.

La composition (Diyù est due: 1) en cas de meurtre non-intentionnel, elle est obligatoire et tombe à charge de toute la tribu du coupable (Akila) y compris le coupa ble lui-même; mais si la composition est due à la suite d'une transaction, d'un aveu fait par le coupable, ou d'un meurtre intentionnel dans lequel talion est remplecé par la composition facultative, c'est le coupable seul qui en supporte la charge; 2) en cas d'autre lésion corporelle non-intentionnelle, lorsque le talion serait dû, si la lésion était intentionnelle. La composition est très onéreuse; elle monte à cent chameaux, qui peuvent être remplacés par 200 boeufs, 1.000 brebis, 200 vêtements 1.000 dinars ou 10.000 dirhams.

La fractionnement de la composition (Arch) est une partie de Diyà due pour la perte d'une partie correspondante d'un organe Ainsi la moitié de Diyà est due pour la perte d'un seul oeil, le dixième pour la perte d'un doigt, etc.

L'appréciation équitable du juge intervient lorsque dans la lesion corporelle, intentionnelle ou non-intentionnelle, on ne peut pas comme c'est souvent le cas, assurer la stricte égalité entre la lésion causée et celle à faire. Le juge Fixerait alors la peine en exerçant son pouvoir discrétionaire. On voit là une porte toute ouverte pour révolutionner tout le droit concernant les lésions corporelles dans le droit islamique en lui donnant un souffle nouveau.

Ayant ainsi précisé ce que c'est qwun délit privé dans le droit musulman, il nous reste à faire remarquer que dans le domaine des lésions corporelles (et autres délits sauf les atteintes à la propriété), où on applique une série de peines privées (le talion, le châtiment prive, la composition, l'Arch et l'appréciation équitable du juge) et en dépit de l'intervention de l'autorité publique dans la poursuite du délit et dans l'exécution de la peine, la confusion reste complète, dans le système islamique entre la responsabilité pénale et la responsabilité civile.

DEUXIEME PARTIE

ATTEINTES A LA PROPRIETE

C'est dans le domaine des atteintes à la propriété que nous trouvons la distinction entre la responsabilité pénale et la responsabilité civile nettement établie. Dans ce domaine nous l'avons déjà constaté, le système isla mique est beaucoup plus avancé. Ne rencontrant pas des entraves et ne se heurtant pas à des textes et à des traditions établies, les jurisconsultes musulmans ont donné libre essor à leur ingéniosité. Ils ont élaboré un système de responsabilité délictuelle aussi développé et aussi nuancé que celui que nous rencontrons dans le droit romain, et même dans les systèmes modernes les olus avancés.

Tout d'abord, les jurisconsultes musulmans ont distingué, non seulement entre la responsabilité pénale et la responsabilité civile, mais également entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle.

Ils ont ensuite établi un système de responsabilité délictuelle à base de faute, prise dans les deux conceptions objective et subjective, avec son apanage, la théorie de l'abus des droits.

Nous allons examiner, très sommairement, la double distinction entre responsabilité pénale et civile, et entre responsabilité contractuelle et délictuelle. Nous passons ensuite à l'examen des règles de responsabilité déliquelle.

1. - Une double distinction.

 A) Responsabilité pénale et Responsabilité civile

On trouve la distinction nettement établie à propos d'un délit public, le vol. Les jurisconsultes discutent la question de savoir si, à côté de la sanction pénale, l'amputation de main du voleur, il n'existe pas également la sanction civile, la garantie (damân) par le voleur de la chose volée.

On est d'accord que le vol donne lieu à deux actions: 1) une action pénale, sanction de la violation du droit de Dieu, qui a pour objet le Hadd, l'amputation de la main du voleur; 2) une action civile, sanction de la violation du droit de l'homme. c'est-à-dire la victime du vol. Dans cette detnière action on est unanime à donner à la victime le droit de se faire restituer la chose volée, si elle existe en nature. En cas de perte, on discute la question de savoir si la victime a une action en garantie contre le

voleur. L'Ecole Chafiite se prononce dans le sens affirmatif, donnant ainsi à l'action civile toute son ampleur. (Voir El-Badai VII, pages 48 et 85).

On peut donc affirmer que les jurisconsultes musulmans, là où ils ont reconnu un délit public, ont nettement distingué entre l'action pénale et l'action civile, deux actions différentes sanctionnant deux droits différents, le droit de Dieu et Je droit de l'homme, avec des carctéristiques diamétralement opposées.

B) Responsabilité Contractuelle et Responsabilité Délictuelle

Dans le système islamique on peut distinguer entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle. La distinction offre un intérêt pratique à de multiples points de vue:

- 1) Au point de vue de la preuve: Le créancier, dans la responsabilité contractuelle, n'a à prouver que le contrat. C'est au débiteur de prouver qu'il s'est déchargé de son obligation contractuelle, soit par l'exécution, soit pat tout autre mode d'extinction. Mais le créancier, dans la responsabilité délictuelle, doit prouver une faute à la charge de la personne responsable. C'est ainsi que les ayants-droit d'une personne tuée par la chaute d'un pan de mur longeant la voie publique sont dans l'obligation, pour faire retenir la responsabilité du propriétaire du mur, de prouver premièrement que c'est bien par le faitv de la chute que la mort a eu lieu, et deuxiémement, que le propriétaire avait été constitué en faute par un avertissement préalable (Mabsout XXVI, 11).
- 2) Au point de vue de la capacité: La capacité contractuelle exige la puberté. Les impubéres et les déments ne peuvent pas s'obliger contractuellement. Mais on peut se trouvr obligé délictuellement, même si le discernement fait défaut. Nous en allons voir des applications.

- 3) Au point de vue de l'appréciation de faute: La faute contractuelle est appréciée plus rigoureusement que la faute délictuelle. Nous en donnons deux exemples:
- a) Le dépositaire qui indique à une personne l'endroit où se trouve la chose remise en dépôt serait responsable du vol de cette chose que comcommettrait personne à qui les indications nécessaires ont été données (Fousoulain, II, 84); tandis que si un tiers avait donné ces indications, sa responsabilité ne serait pas engagée avec celle du volenr (Damanat, 203).
- b) Alors qu'il y a contestation sur la responsabilité du tiers qui ouvre la porte d'une cage dont l'oiseau s'envole, cette responsabilité est admise unanimement, et sans égard aux circonstances du vol, au cas où ce tiers est le dépositatire de l'oiseau, car «il s'set obligé à la garde» de cet oiseau (Fousoulain II. 84).
- 4) Au point de vue des causes de jusification: Lorsqi'il s'agit de la responsabilité (qui résulté de memsaces qui agissent sur l'esprit, mais qui ne font pas craindre la d'emprisonnement) suffit pour vicier l'engagement; tandis que pour écarter la responsabilité délictuelle, la contrainte doit être compléte (/toute menace dirigée contre l avie humaine ou l'iintégrité du corps). On donne comme explication de cette différence que la valeur des engagements contractuels, découlant d'une reconnaissance du lien juridique par la loi même, celle-ci peut, quant à ces engagements, prendre en considération la contrainte dans la mesure ou elle l'entend; tandis que les faits délictuels existant matériellement, il faut une contrainte trés forte, faisant presque disparaître, personnalité du sujet; pour que la responsabilité de celui-ci puisse disparaître.

II. — Régies de la responsabilité délictuelle:

Passons maintenent à l'étude de la responsabilité délictuelle. A l'instar des systémes modernes, nous allons examiner, dans le systéme islamique, les trois conditions de responsabilité; la faute, le dommage et le lien de causalité.

A) La Faute

La notion de faute, en Droit Musulaman, constitue le point le pluse délicat et le plus original de la théorie de la responsabilité civile. Partis d'une conception purement objective, rudimentaire, les jurisconsultes musulmans sont arrivés, par des applications plus nuancées et plus adaptées aux exigences rationnelles à une notion plus savante, moins primitive, et d'une subjectivité bien accusée.

Tout d'abord la notion objective a prévalu dans le domaine de ce qu'on appelle «le dommage direct», c'està-dire le dommage qui s'incorpore dans le fait même de l'acte, le dommage causé corpore et corpori du droit romain. Dans ce domaine aucun élément subjectif n'est exigé. Le fait même de l'acte dans lequel s'incorpore le dommage constitue la faute. A la différence du délit prévu par la loi Aquilia qui, lui aussi, consistait dans la destruction ou la dégradation matérielle d'une chose corporelle causée corpori c'est-à-dire par le corps, le contact même de l'auteur du délit, «le dommage direct» du droit musulman ne renferme aucun élément subjectif, aucune faute. fût-ce la plus légére, C'est ainsi que la personne dépourvue de discernement, un enfant ou un fou est responsable du dommage causé «directement» à autrui. On a retenu la responsabilité d'un nouveau-né qui tonbe au moment même de sa naissance sur un objet appartenant à autrui, et qui en cause la dégradation. comme une application extrême et curieuse de cette régle.

Au «dommage direct» les jurisconsultes musulmans ont opposé le «dommage conséquence» dommage qui ne s'incorpore dans l'acte même. mais qui est seulement la conséquence de l'acte. Voici un exemple classique pour illustrer cette distinction; on coupe la corde à laquelle est suspendue une lampe; la lampe tombe et casse; le fait d'avoir coupé la corde conatitue le «dommage direct», tandis que le dommage le plus important, la perte de le lampe n'est qu'un dommage-conséquence. Dans le domaine du «dommage-conséquence» les jurisconsultes musulmana ne se contentent pas pour retenir la responmusabilité, du fait de la réslisation du dommage, il faut, en plus, que l'acte qui a causé le dommage soit un acte un commis sans droit, un acte illicite. Pour justifier cette différence entre le «dommage direct» et le «dommageconséquence», on dit habituellement que l'acte qui a infligé un domage direct est une cause autonome du dommage, et par là même illicité; tandis que l'acte dont le dommage n'est que la couséquence n'est pas une cauae autonome, il lui faut donc un caractère d'illicéité pour engager la responsabilité.

Pourtant, les jurisconsultes musulmans, même dans le dommaine du «dommage-conséquence», s'étaient au début attachés à une conception également objective, Leur point de départ, comme l'a dit M. Tyan dans son rapport, a été moins un élément psychologique qu'une conception strictement juridique. Voici le principe qu'ils ont posé dans le domaine du

«dommage-conséquence»: l'auteur d'un acte qui produit des conséquences préjudiciables à autrui est responsable du préjudice à condition que son acte constitue un «ta'adi»: et le «ta' adi» c'est le fait d'accomplir un acte sans droit. Il ne s'agit pas d'un élément psychologique, d'une faute dans le sens du droit moderne, pour constituer le «ta' adi». il suffit que l'acte soit commis obiectivement sans droit. Nous en donnons deux exemples. Une personne qui, sans autorisation, ouvre un fossé ou creuse un puits dans la rue, est responable de la perte de l'animal qui vient y tomber et s'y tuer, parce que cette personne a agi sans droit: si ce fossé avait été ouvert dans la Propriété de cette Personne ou avec l'autorisation de la Puissance Publique l'acte aurait été accompli avec droit et son auteur ne serait Pas responsable de ses conséquences dommageables. On ne cherche Pas s'il y a une faute commise, si l'agent du dommage a exercé l'acte incriminé en dehors des limites qu'observe un homme ayant une conduite et une intelligence moyenne; il n'y a qu'un seul critérium c'est celui de la licéité. Nous choisissons le deuxième exemple dans le domaine de ce qu'on appelle le «Chabs» ou usurpation, qui avec Itlaf, c'est-à-dire la destruction on la dégradation, constituent les deux applications fondamentales de la responsabilité délictuelle en droit musulman. L'usur pation c'est la détention illégale de la chose d'autrui Le fait même de posséder la chose d'autrui sans droit, même sans violence et même de bonne foi, est une usurpation. L'acte est illicite parce qu'il est commis sans droit. Nous venons maintenant à l'application annoncée. L'usurpateur doit restituer au propriétaire la chose; il n'y a là qu'une application normale de l'action en revendication. Mais en supposant possesseur de bonne foi de la chose d'autrui, une personne qui détient cette chose sans droit, et en supposant la perte de cette chose entre ses mains, même à la suite d'une cas fortuit ou d'ine force majeure, il est néanmoins responsable de remettre au propriétaire l'équivalent de la chose. Sa bonne foi et le fait que la perte est due à une force majeure, c'est-à-dire l'absence complète d'une faute de sa part, ne purge point le caractère illicite de son acte. l'état objectif où il se trouve comme possesseur sans droit de la chose d'autrui.

Dans les deux domaines du «dommage direct» et du «dommageconséquence», les jurisconsites musulmans se sont donc attachés à une conception purement objective. Mais nous allons voir maintenant que le domaine du «dommage direct» sera laissé intact, tandis que l'ingéniosité des jurisconsultes va s'exereer sur la conception du «ta'adi» dans le domaine du «dommageconséquence». D'une notion purement objective, ils vont arriver graduellement à une notion de plus en subjective. ils vont nuancer le sens du mot «ta'adi» pour arriver à une notion conforme à celle de faute du droit moderne, Le ta'adi qui était auparavant un acte illicite sans négligence, deviendra désormais un acte illicite par négligence, et même acte illicite par exercice abusif du droit. On serait donc responsable lorsqu'on commet un acte illicite, c'est-à-dire:

- I) Lorsqu'on excède son droit, même sans négligence;
- 2) Lorsqu'on excède son droit avec néglience;
- 3) Lorsqu'on n'excéde pas son droit, mais on en abuse.

Nous avons déjà examiné la première hpypothèse. Il nous reste à suivre le développement du système islamique dans les dernières hypothèse: excès du droit avec négligence et abus du droit.

Excés du droit avec négligence: Ici on passe de la conception objective avec à la conception subjective. La négligence, un état psychologique, est une base de responsabilité. Mais cette responsabilité subjective à un double critérium, objectif et subjectif.

La négligence est démontrée par un criterium exté rieur et objeetif, lorsqu'on suit une ligne de conduite qui n'est pas ordinaire. On répand, surla voie publique, de l'eau d'une Fa,con excessive qui dépasse les limites, ce qui provoque la glissade et la blessure d'un passant. On allume un feu comme il n'est pas d'habitude d'allumer. Par application de ce principe, le professionnel n'est responsable que s'il s'est écarté des règles habituelles de son art.

Du critérium objdectif on passe au critérium subjectif. On est fautif lorsqu'on n'a pas fait ce qu'on aurait dû faire lorsqu'il était possible à l'auteur du dommage de l'éviter. Un indivdu conduit une caravane, un des chameaux écrase un passant, le conducteur est responsable. «parce qu'il était de son devoir de veiller à la marche de la caravane. qu'il lui était possible d'éviter l'accident et qu'en conséquence. il a été motâadi par négligence». Un forgeron allume le feu dont une flamme atteint un passant dans la rue: le forgeron ne sera responsable que s'uil avait placé le feu au bord de sa boutique en un piont tel qu'il pouvait savoir que ce feu pouvait atteindre quelque chose se trouvant dans la rue». (Hamdiyya. Vl.42). Inutile d'ajouter que l'intention de nuire, suprême subjectivté. passe sous le nom de tâamoud, à côté de tâadi. comme base de responsabilité.

Abus du droit. — Le droit musulman connaît la théorie de l'abus des droits sous ses deux formes. objective et subjective. Sous sa forme objective, la théorie se résume dans la formule suivante: l'exercice par un individu de son droit engage la responsabilité de celui-ci. s'il en résulte un préiudice excessif et anormal à autrui. Ainsi il ya un abus de droit dans le cas d'un propriétaire qui fait de sa maison un bain public dont les fumées gênent considérablement les voisins (Bazzaziyya V1,415). De même le voisin qui éleverait si haut et d'une facon si contigue le mur de sa maison, de telle sorte que la lucarne, la seule, par laquelle pénètre la lumuère dans la boutique d'un tisserand se trouve bouchée, serait obligé à démolir la partie du mur qui entrave la lumière (Hamidhyya I1, 265). Est considérée comme préjudice excessif et anormal le fait d'avoir une vue sur les lieux de réunion des femmes du voisin.

Sous une forme subjective, la théorie établit la responsabilité de celui qui dans l'exercice de son droit, est inspiré par l'intention de nuire. Au cas d'une plainte adressée à une autorité contre un individu, si celui qui a rapporté les faits a parlé mensongèarement ou, si même ayant dit la vérité, il ne visait pas à faire cesser un préjudice actuel ou à écarter un préjudice menaçant, sa responsabilité se trouve engagée (Damanât 155, Fousulain, 1,79). Il n'est même pas nécessaire qu'on soit inspiré par l'intention de nuire. Il suffit qu'on agisse sans intérêt personnel et légitime tout en portant préjudice à autrui. Une personne trouve, dans sa maison, un vêtement appartenant à autrui; si elle le jette à la rue, et qu'ainsi le vêtement s'ablime, sa responsabilité serait engagée.

présmption de faute — Avant de terminer l'examen de la question de faute,il importe de signaler que le droit musulman ignore presque complètement la présomption de faute. Le maître n'est responsable du fait de son préposé, le père de son enfant, qu'en vertu d'un ordre exprès et particulier (ordre valable et juste) donné par un supérieur à son subordonné. On pourrait en trouver la justifiction plutôt dans la théorie de la contrainte que dans celle de la faute présumée.

Quant à la responsabilité du fait des animaux un principe bien connu est ainsi résumé: «Le délit de la bête ne comporte pas de réparation المنابع المهماء على ».

Le détenteur d'un animal n'est responsable qu'en vertu d'une faute caractérisée à sa charge, ne serait-ce qu'une faute négative, une simple abstention fautive. «Si le propriétaire de l'animal, établit l'art. 929 du

Méiellé, le voyait alors qu'il détruisait le bien d'autrui, et s'il ne l'a pas

empêché, il engagerait sa responsabilité». Voir également Art. 930,931,932,934 du Méjella et p.15 du rapport Goadby). l'Ecole-Chafiite est jusqu'a établir une sorte de présomption de faute dans certains cas. «La garde de l'animal, lit-on dans Wagiz 11, 113, pendant la nuit est à larobarge de son msître II y a là une présomption de faute contre lui. Il devait garder l'animal, le mettre dans l'impossibilité de s'évader, de causer un préjudice. L'animal s'est évadé, et il a causé un préjudice. C'est donc que son propriétaire n'a pas bien rempli son obligation de garde».

Reste la responsabilité du fait des choses. Les juristes musulmans maintiennent ici comme ailleurs le principe que la responsabilité ne saurait être engagée que par un fait émanant de l'activité directe de l'homme. Il n'y a pas de la part du propriétaire (dont le mur tombe) un fait positif qui soit la cause direte ou indirecte du dommage» (Bahr, VIII, 353). Au cas d'un objet mobilier qui tombe d'un mur sur lequel le propriétaire l'avait placé on dit encore «qu'il l'avait placé dans sa propriété. Il n'a donc commis aucun tâadi, aucun acte illicite». (Bahr, VIII, 353). Dans ce domaine l'Ecole Chafiite a appliqué le principe dans toute sa rigueur. C'est le tour de l'Ecole Hanifite de s'y montrer plus large, un peu plus favorable au système de faute présumée. D'une facon generale, elle admet la responsabilité du propriétaire du mur qui se trouve, par un vice de construction ou par le fait qu'il penche sur la propriété d'autrui, dans un état dangereux: et encore le propriétaire ne répond du dommage causé par sa construction dangereuse que s'il avait été l'objet d'un avertissement préalable, à moins que ce propriétaire ne se trouve dans un état de tâadi, comme par exemple si l'édifice déborde sur la propriété d'autrui par activité personnelle du propriétaire lui-même, auquel cas l'avertissement préalable n'est plus nécessaire.

B. - Le Dommage

La deuxième condition nécessaire pour la réalisation de la responsabilité délictuelle est le dommage. Les jurisconsultes musulmans, pour retenir la responsabilité, exigent que l'acte fautif ait causé un dommage réel. Une personne qui égorge la brebis d'autrui, mais parvient à prouver que la brebis était sur le point de mourir lorsqu'il l'a tuée, n'est pas responsable. On a brisé une pièce de fausse monnaie, on ne devra aucune réparation, aucun préjudice n'ayant pu résulter de cet acte.

On est tenu de réparer l'intégralité du dommage direct; celui qui égorge le petit d'une brebis sera responsable, non seulement du fait de la perte du petit, mais aussi du desséchement du lait de la mère (Foussoulain, II, 87). Le calomniateur sera responsable de la mort de l'individu qu'il a calomnié auprès du Prince, non seulement pour la peine que ce dernier lui aurait imposé, mais aussi pour la mort qu'il aurait trouvé en voulant échapper à la tyrannie du Prince, en faisant une chute dans sa fuite (Rad V, 186).

Seul le dommage matériel peut motiver une réparation; le dommage moral ne saurait engager la responsabilité civile. Une injure, même causant une douleur à l'âme de l'injurié, ne saurait donner lieu à une undemnisation quelconque (Bahr, VIII, 340, Mabsout XXVI, 81);

En principe, la réparation doit être en nature; mais en cas d'impossibilité, d'une réparation en nature, on a recours à des domanagesintérêts. «Si la chose endommagée ou elle est une chose fongible, on en doit une pareille; si elle est non-fongible, on en dout le prix» (Badayé, VII, 168).

Pour la fixation des, dommages-intérêts en dépit d'une certaine tendance à adopter des régles fixes et rigides, Abou Youssef, n'admet pas cette reigidité, et il est d'avis qu'il y a lieu à appréciation équitable du préjudice subi (Hindiyya, VI, 54). La contrainte par corps est admise en droit musulman en matière civile. Il n'y a pas de responsabilité solidaire entre les co-auteurs d'un même dommage (Ilidaya, IV, 164).

C. - La lien de causalité

Notion objective du lien de causalité: Les jurisconsultes musulmaus se sont fait une conception trop étroute du lien de causalité. Ils ont posé en principe que le dommage doit être exclusivement la conséquence de l'acte incriminé. Si, entre le fait initial et le dommage, il s'interpose une conséquence qui contribue à consommer le préjudice, il n'y aura pas lieu à responsabilité. Ce principe a été quelquefois appliqué avec une rigueur excessive. C'est ainsi qu'une personne qui lâche un animal dans la rue publique n'est pas responsable si l'animal, aprés avoir marché dans le sens où il avait été poussé, s'arrête un instant, puis se dirige dans un autre sens et y cause un dommage; car le fait de la personne a cessé par l'arrêt de lanimal, et le dommage causé par la suite n'est pas l'effet de l'acte de la personne, mais celui de lactivité propre de l'animal (Fousulain II, 84). On a même soutenu qu'une personne, ouvrant la cage d'un oiseau et le laissant s'envoler, n'est pas responsable, car, indépendamment du fait de l'homme,

il y a eu le fait de l'ànimal qui s'est échappé «de son propre gré, de sa propre volonté» (Fousoulain, II, 85).

Le principe a été consacré par le Mejellé dans son article 90 anisi conçu: «Lorsqu'il existe en même temps un agent direct, cest-à-dire, celui qui a commis personnellement un acte, et une personne qui en a été la cause indirecte, le premier seul est responsable».

On lit la confirmation du principe dans le Wagiz, II, 91: «Toutes les fois qu'il y a concurs de deux causes différentes, la première (causa proxima) prime la seconde (causa remota)». C'est ainsi que la personne qui creuse un puits dans la voie publique n'est pas responsable, si une autre pàersonne place au bord de ce puits une pierre contre laquelle un passant bute et tombe dans le puits où il trouve la mort; c'est la dernière personne qui sera exclusivement responsable (Bahr. VIII. 349).

Brèches faites ou principe. — A cette conception étroite, on n'a pas tardé à faire des brèches. C'est ainsi que les auteurs musulmans sont arrivés à admettre que pour l'exonération de l'auteur de la causa, remota il faut que l'acte qu'il a posé ne soit pas de nature à pouvoir causer le dommage de par lui seul; autrement les auteurs de la causa remota et de la causa proxima seront, tous deux, tenus pour responsables.

Un cheval monté par une personne et conduit par une autre écrase un passant; le conducteur, considéré comme auteur de la causa remota, est aussi responsable que le cavalier, l'auteur de la causa proxima.

Une seconde restriction: la responsabilité de l'auteur de la eausa est écartée en retenant exclusivement celle de l'auteur de la causa remota, dans le cas où l'acte du premier a été tout à fait involontaire ou commandé par une force majeure. Celui qui, précipité dans un puits ouvert sans droit dans la voie publique, tombe sur une personne qui se trouvait déjà dans ce puits et cause ainsi sa mort, n'est'pas responsable; sera seul responsable celui qui a creusé le puits. Enfin on est arrivé à retrnir la responsabilité de l'auteur de la causa remota au cas où la causa proxima ne peut être attribuée à une personne responsable. Ainsi, si l'on n'arrive pas à connaître la personne qui a placé la pierre prés du fossé, on remontera à la personne qui a creusé le fossé pour l'Obliger à réparer le préjudice causé à celui qui a buté contre la pierre et est tombé dans le puits.

C'est ainsi que la notion de causalité s'est assouplie peu à peu et s'est écartée de l'orientation strictement objective, on a déjà vu qu'on est allé jusqu'à admettre qu'une personne qui accuse faussement une autre est responsable des conséquences dommageables de cette fausse accusation, comme par exemple si l'accusé est mis au supplice, ou si en cherchant à s'enfuir et en sautant d'une terrasse, il fombe et se tue (Fousoulain, 11, 79).

Causes exconeration — La responsabilité est écartée, si le dommage est arrivé à la suite d'un événement irrésistible: force majeure, cas fortuit ou le fait d'un tiers.

Un enfant, enlevé à la garde de ses parents par un individu, meurt entre les mains de ce dernier par suite d'un coup de foudre qui l'a atteint, le ravisseur ne sera pas responsable (Badayé, VII, 166).

Un cheval s'emballe dans la voie publique et cause la mort d'un passant. Le cavailer ne sera pas tenu pour responsable de cette mort si le mouvement du cheval a été tellement fort et impetueux qu'il n'a plus été possible de le retenir (Damanat, 166).

Un passant est blessé par le coup de pied d'un cheval conduit par une personne, mais le mouvement de l'animal n'a pas été normal; il a été provoqué par une piqûre faite par un tiers. Celui-ci seul sera responsable. (Mabsout, XXVII, 2).

Causes de justification — La légitime défense est une cause justificative, celui qui, attaqué avec une arme, le jour ou la nuit, tue son agresseur, ou lui cause un dommage moindre, n'est pas responsable; «l'agresseur a luimême annulé son sang, il y a nécessité, la nécessité d'évire le mal» (Hidaya IV 133). Une femme se voyant l'objet d'une tentative de viol ne trouve d'autre moyen de repousser l'agresseur que de le tuer. La femme n'aura pas à répondre de cette mort, parce qu'elle n'a pu faire autrement pour se preserver (Damanat, 166).

L'état de nécessité n'est pas une cause justificative. L'article 33 du Méjellé établit que: «La nécessité n'anéanit pas le droit d'autrui. Ainsi l'affamé qui, sur le point de mourir, s'empare de la nourriture d'autrui, en devra le prix.» L'art. 919 du Méjellé ajoute: «Le propriétaire qui démolit la maison de son voisin et évite que l'incendie allume dans le quartier ne se communique à sa propre maison, doit à son voisin des dommages-intérêts. Mais si l'état de nécessité résulté d'une contrainte complète (menace qui fait craindre la perte de la vie ou d'une partie du corps), il devient une cause justificaative.

L'ordre de l'autorité légitime écarte la responsabilité. Celui qui ouvre un puits dans la voie publique sur l'ordre de l'autorité légitime, ou même avec sa simple permission, n'a pas à répondre des conséquences dommageables de son acte (Khanyya, III, 207; Badaye, VII, 277).

Le consentement préalable du lésé écarte également la responsabilité, car si l'on oblige l'auteur du préjudice au paiement des dommages-intérêts, il aurait le droit de recourir contre le lésé qui avait autorisé le préjudice; c'est donc pour éviter une sorte de circuit d'actions que cette règle a été posée.

إدا أقلف مال الانسان بادنه لا تجب الضمان لأن عدم الوحوب ليسى لعدم العصمة ، بال لعدم الفائدة لأنه لو وجب العنسان عليه لكان له أن يرجع عليه تما ضمته فلا يفيد (البدائم ٧ ـــ ١٩٨٨) .

CONCLUSION

Nous avons parcouru les principes fondamentaux de la responsabilité civile et pénale dans le droit musulman. Il nous reste d'en tirer quelques conclusions.

1) Il est à remarquer que la tendance objective est prépondérante dans le système islamique. Nous avons vu que cette tendance est très accusée dans toute la théorie de la responsabilité à cause de lésions corporelles. La même tendance plane également sur le domaine de la responsabilité à cause des atteintes à la propriété. Tout dommage direct, causé corpore corpori, est complètement envisagé sous l'angle obiectif. La notion de faute, celle de dommage, celle du lien de causalité, la théorie de l'abus des droits, sont toutes imbues d'objectivité.

Cette tendance objective prépondérante facilite singulièrement, il est vrai, l'admission des théories objectives modernes, telles que la théorie des risques et celle de responsabilité des personnes dépourvues de discernement, dans le cadre du droit musulman.

Pourtant, la tendance subjective n'à pas tardé à paraître, et à s'accentuer graduellement sur bien des terrains où on n'admettait auparavant qu'un point de vue objectif. C'est ainsi que la notion de faute et celle du lien de causalité ont sensiblement évolué dans un sens subjectif.

- 2) Le système islamique, tel que je l'ai exposé, contient en lui-même les germes de son évolution. Il n'est pas difficile, dans ce système, de faire une ligne de démarcation entre la responsabilité pénale et la responsabilité civile. En ce qui concerne la responsabilité pénale, nous avons vu comment le système islamique considère certains actes comme délits publics, avec des peines fixées par la loi (les Hadds), mais avec des conditions de preuve très difficiles à satisfaire. Si l'on mettait de côté ces délits, étant donné la difficulté excessive de preuve, le champ resterait libre pour l'élaboration d'un système pénal moderne dans le droit musulman, en se servant de la théorie du châtiment public (المربر في من التحرير في التح
- Le législateur, dans les difféfents pays musulmans, pourrait, sans sortir du cadre de cette théorie, incriminer au préalable certains actes déterminés et leur fixer des peines. Il pourrait, même au besoin, laisser ce soin au juge dans une certaine mesure.
- 3) En ce qui concerne la responsabilité civile, le système islamique est bien avancé dans le domaine des atteintes à la propriété. Les jurisconsultes musulmans sont arrivés dans le développement de leur conception de faute, sous ses deux formes objective et subjective, à un degré de perfectionnement tel qu'on ne saurait envier les systèmes modernes. C'est dans le domaine des lésions corporelles que le développement du droit musulman est encore arrêté. Mais nous avons la clef qui ouvre la voie. à l'evolution nécessaire dans «l'appréciation équitable du juge». Si l'on écarte les cas où le talion ou la composition est dû, et ce sont des cas assez rares comme nous venons de voir, nous nous trouvons en face des lésions corporelles où le juge est laissé à sa libre appréciation pour déterminer la sanction due. Le chemin est donc libre pour l'élaboration d'un système de responsabilté civile avec toutes ses modalités, d'autant plus qu'en dehors des deux domaines des lésions corporelles et des atteintes à la propriété. la théorie du châtiment privé, qui correspond à celle du châtiment

public, facilite la tâche du juge dans l'elaboration d'un tel système, à condition qu'on décompose cette peine privée en ses deux éléments: la sanction pénale et la sanction civile.

Il est donc possible de faire continuer l'évolution du système islamique, dans le domaine de la responsabilité, au moyen de trois principes fondamentaux : la théorie du châtiment public, qui servira come une pierre d'assise pour l'élaboration d'un code pénal moderne, la théorie du châtiment privé et celle de l'appréciation équitable du juge, qui formeront le point de départ d'un système de responsabilité civile conforme aux besoins actuels de la vie.

فهرس

العبق	الموضوع . وقم
,	
۳	تقدير ووفاء
9	فهرس مقالات الدكتور السنهوري
4	الدين والدولة في الاسلام
14	تطور لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المصرية
	تقرير عن المؤتمر الدولي للقانون المقارن بالاهاى في اجتماعة الأول
77	1977 Zim
٣١	فقرات مقتبسة فقرات مقتبسة
**	الامبراطورية الفربية التي تبشر بها
**	بيان الدكتور السنهوري
**	نيي المسلمين والغرب
£ 1	وجوب تنقيح القانون المدنى المصرى
£ A	وجوب مراجعة القانون المدنى المصرى
٥١	أولاء عيوب التقنين المدنى المصري
٦٧	عيوب الثقنين المدنى من حيث الشكل
٧٧	ثانيا. تقديم التشريعات الحديثة
VA	ا ـ القانون الأنماني الله الله الماني المسابق
A٣	ب_ القانون السويسرى
AV	جـــ المشروع الفرنسي الايطالي
4.4	اولا الأسس التي تبني عليا التنقيح من هيث الشكل
161	الشريعة الإسلامية
125	مشروع تنقيم القانون المدنى
۱۷۳	١ - المصادر التي استند اليها المشروع
141	٢ ـ نظرة عامة في المشروع٢
NVA	محاضرة عن واجبنا القانوني بعد المعاهدة
157	٣ ـ واجبنا نحو المحاماة٣
140	ع بر بيب سو الفقه ودراسة القانون
۲٠١	مقدمة كتاب الامتيازات الأجنبية
7 • 7	مقيمة الكتاب
T 1 1	اولا ـ التشريع

الصفحة	الموضوع رقم
**1	القسم الثاني التشريعات الأخرى غير التشريع
***	القسم الثالث التشريع الخاص بتشكيل المحاكم المختلطة وتحديد
TTV	اختصاصها
YEV	ثالثا الادارة
Y 0 0	كلمة ختامية
Y 0 4	مجلة القضاء في عهدها الجديد
0 / 7	كتاب مرفوع إلى فخامة رئيس لجنة تحضير القانون المدنى العراقي
774	من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدنى العراقي
Y V 1	كلمة موجزة عن تاريخ التقنين المدنى بوجه عام منذ القرن التاسع عشر
	الِينَ اليوم
777	اولات التقنينات اللاتينية
***	۱ د تقمین نابلیون
SAY	* التقنين اللبناني
FAT	التقنين المدنى في بلاد الشرق العربي
YAY	ب ـ المشروع الفرنسي الايطالي
YAA	الصياغة التشريعية للمشروع الغرنسي الايطالي وترتب
3.27	ثانياء التقنينات الجرمانية
3 P 7	١ ـ التقنين النمساوي
Y 4 V	ب - التقنين السويسري
4	ج ۔ التقنين الألماني
8 - 2	ثالثاً - التقنينات الأخرى الحديثة التي ظهرت في القرن العشرين
4.0	1 ـ التقنين السوفيتي
T * A	ب ـ التقنين البولوني
41.	التقنين المدنى في العراق
414	اولاً۔ الشكل والصياغة
T1V	ثانيا۔ المادة والموضوع
T14	أولا الشريعة الاسلامية لا تزال شريعة حية صائحة للتطبيق
277	ثامياً على أي وجه يأخذ العراق تقنينه الجديد من الشريعة الاسلامية
777	التعاون الثقافي والتشريعي
***	١ - التعاون الثقافي قبل إنشاء الجامعة العربية
444	٢ ـ التفاون الثقافي في نصوص ميثاق جامعة الدول العربية
771	٣ ـ المعاهدة الثقافية
444	. 1 - 1 - 1 - 1 - 1 - 1 - 1 - 1 - 1 - 1

الصفحة	
TTV	تقديم بقلم النكتور عبد الرزاق السمهوري مهري
474	مخالفة التشريع للنستور والانجراف في ستعمال السلطة التشريعية
TVs	القسم الأول القسم الأول
440	مخالفة التشريع للبستور
TAE	١ ـ الاختصاص
TAE	الأحكام العرفية
TAV	اللوائح والقرارات التنفيدية واللوائح الادارة المستقلة
440	الشكلا
£ + T	المحل
£ + T	أولا مبدأ الفصل بين السلطات
£ \ 0	النصوص المتعلقة بالحريات والحقوق العامة
114	نصوص الدستور التي وردته عي غير الحريات والحقوق العامة والتي
	ترسم للمشرع سلطة محددة
2 7 7	القسم الثاني
177	الانجراف في استعمال السلطة التشريعية
E Y A	منطقة الانحراف في استعمال السلطة التشريعية
2 7 4	معيار الانحراف في استعمال السلطة التشريعية
177	الغرض الأول الرجوع إلى طبيعة التشريع ذاتها باعتبارها
ı	مغيار موضوعيا
177	الفرض الثانيء مجاوزة التشريع للغرض المخصص الذي رسم له
\$ T V	الفرض الثالث ــكفالة الحريات والحقوق الهامة في حدودها الموضوعية
133	الفرض الرابعء احترام الحقوق المكتسبة وعدم المساس بها في غير
	ضرورة أو من غير تعويض
101	الفرض الخامس مخالفة التشريع لمبادى الدستور العليا والروح التي
	تهيمن على نصوصه (نظرية القانو الأعلى) · · · · ·
EVI	أهمية التمييز بين مخالفة التشريع الدستور والانحراف في استعمال
	السلطة التشريعية
1 V 0	الثبات الانحراف في استعمال السلطة التشريعية والجراء الذي يترتب على
114	الانحراف في استعمال السلطة التشريعية تصديبر
£ A 2	
1.47	القانون المدنى العربي

_ \$ V £ _

	_ = V £ _
الصفحة	الموضوع رقم
195	القانون المدنى العراقي الجديد
0 • 1	المستقبل المستقبل
2 - 4	مطرة مي الفقه الاسلامي
7.0	الغاية من دراسة الفقه الاسلامي
211	La Responsabilité Délictuuelle dans le Droit Egyptien
o Y o	L'UNIVERSITE EGYPTIENNE
277	Extrait du Commpte-Rendu des D1libérations De La Section
989	LA RESPONSABILITE CIVILE ET PENALE

تم الطبع بمطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي المدير العام العرنس حموده حسين عمر

Articles et Recherches Par Prof. Abd El Razzak El Sanhowry **Edition Speciale**

REVUE AL QANOUN WAL IQTISAD